

THÈSE DE
PARIS,
1884
N^o. 35.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET RELATIF DE LA CHOSE JUGÉE

EN MATIÈRE CIVILE

PAR

Henry DESCHAMPS

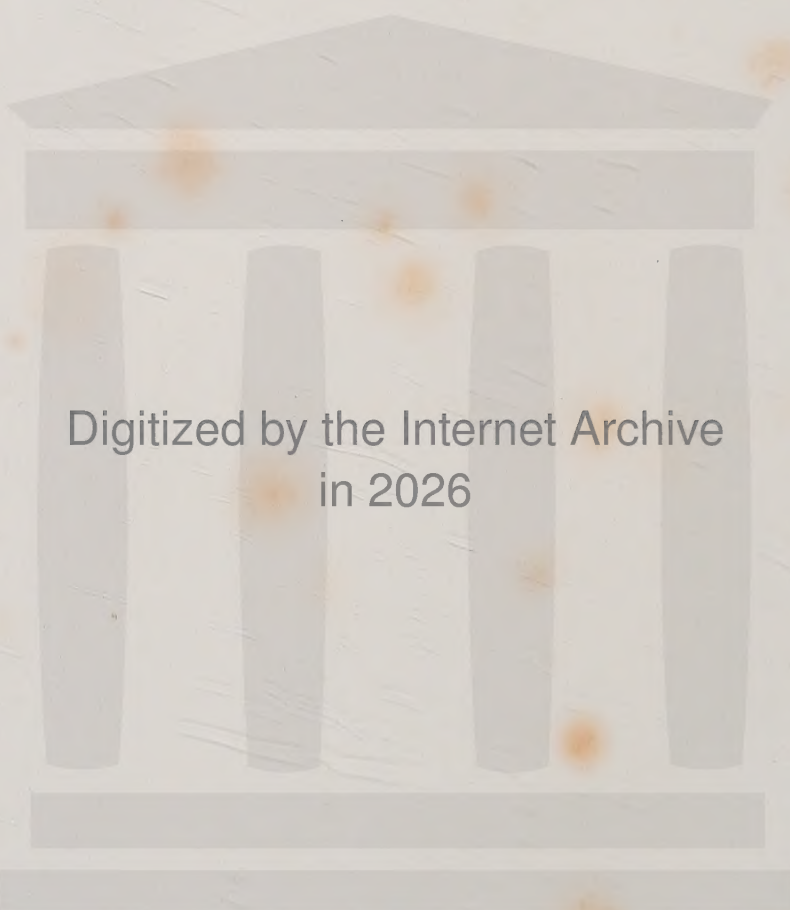
Avocat à la Cour d'appel

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUPELOT, 22

—
1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546314_0029

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

THESE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET RELATIF DE LA CHOSE JUGÉE

EN MATIÈRE CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Mardi 24 Juin 1884, à 9 h. 1/2

PAR

Henry DESCHAMPS

Avocat à la Cour d'appel

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR.

<i>Suffragants :</i>	{	MM. GÉRARDIN,	{	professeurs.
		JALABERT,		
		ESMEIN,		
		MICHEL LÉON.		
				agrégés.



PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

PRELIMINAIRES. — HISTORIQUE

Dans notre droit actuel, en France, nous admettons la représentation, ce qui veut dire que les effets d'un acte accompli par le mandataire pour le compte du mandant, se produisent en la personne du mandant, de celui pour lequel l'acte a été accompli, et nous n'éprouvons aucun embarras à admettre cette théorie, qui est le produit d'une législation plus avancée. Bien plus, si nous envisageons spécialement la représentation en justice, nous voyons que les parties ne peuvent pas se présenter en personne; il faut forcément qu'elles prennent l'intermédiaire d'un avoué, qui devient le maître du procès, en ce sens que c'est lui prend les conclusions au nom des parties et qui dirige la marche du procès; mais, et c'est ici que nous voyons apparaître les effets de la représentation, la condamnation n'est jamais prononcée pour ou contre lui, elle l'est toujours pour ou contre les parties.

A Rome, au contraire, la représentation n'existait pas,

au moins dès le début de la société romaine, l'acte produisait ses effets dans la personne du mandataire. Les Romains n'admettaient pas que dans un même acte la cause et l'effet fussent séparés. Le représentant agissait, l'effet devait donc se produire en lui. L'impossibilité d'être représenté a ses avantages en évitant toute discussion entre les tiers et le mandataire au sujet des pouvoirs de ce dernier. L'inconvénient qui consiste à entraver les relations ne se faisait pas trop sentir aux premiers Romains, qui habitaient un territoire restreint, mais il devait prendre naturellement plus d'intensité à mesure que les Romains étendaient leur puissance. Aussi s'il en fut ainsi dès le début, le principe fut moins rigoureusement observé par la suite, et à la chute de l'empire romain, on en était arrivé à admettre une représentation presque parfaite. Nous noterons dès maintenant une différence essentielle qui exista toujours avec notre législation : les Romains pouvaient plaider par eux-mêmes, ils étaient libres de constituer ou de ne pas constituer de *procuratores* ; mais dès qu'il y avait *procuratio*, le *procurator* étant devenu *dominus litis*, la *condemnatio* était prononcée pour ou contre lui : ils n'ont jamais rien eu de semblable à notre institution des avoués.

Pour bien comprendre la marche de la législation romaine vers la représentation, les efforts faits dans le but de faciliter les relations, il nous suffira de nous placer à trois époques bien distinctes, sous l'empire de trois procédures ; procédure des actions de la loi, procédure formulaire, procédure extraordinaire.

Nous verrons comment ce furent les prêteurs qui, usant

de leur droit de faire les édits, furent les instigateurs de ce mouvement, en appliquant les règles nouvelles à une certaine classe d'individus, et comment ce régime, d'abord tout d'exception, devint le régime de droit commun pour tous les étrangers.

CHAPITRE I

DES ACTIONS DE LA LOI

Le système des actions de la loi est le premier que nous voyions dans l'histoire du droit romain. Il était certainement en vigueur dès l'époque de la loi des Douze Tables, ainsi que nous le montrent divers passages de Gaius.

Gaius, IV, § 14, pour le *sacramentum*.

— — § 21, pour la *manus injectio*.

— — § 28, pour la *pignoris capio*.

Dans ce système, les formes employées pour faire valoir les droits étaient des formes sacramentelles. Ainsi la *jurisdictio* n'était pas possible tous les jours ; il fallait distinguer avec soin les *dies fasti* des *dies nefasti* ; les *dies fasti* étaient spécialement affectés à la *jurisdictio*. Pendant les *dies nefasti*, tout acte de juridiction était rigoureusement interdit. Il y avait outre les *dies intercesi* et les *dies nefasti priores*, tenant des *fasti* et des *nefasti* en ce sens que la *jurisdictio* était possible à certaines heures de la journée. Enfin, il y avait encore les *dies comitiales*, qui restaient ouverts à la *jurisdictio*, lorsqu'il n'y avait pas de comices.

Le magistrat et les plaideurs devaient se servir de termes solennels, faire des actes symboliques, dont la moindre omission entraînait la perte du procès. C'est ainsi que la loi des Douze Tables exigeait que les débats

judiciaires fussent commencés avant midi, et ils devaient finir au plus tard avec le coucher du soleil, (Aulu-Gelle, XVII, 2.) Un exemple célèbre de ce formalisme rigoureux est celui qui est cité par Gaius au paragraphe 11 de son IV^e Commentaire; un plaideur voulant agir *de viti-bus succisis*, dit Gaius, succomba dans son procès, parce qu'il employa le mot *vites* au lieu de l'expression générique *arbores*, qui se trouvait alors dans la loi des Douze Tables. Disons de suite que comme conséquence de ce formalisme rigoureux, la représentation était interdite sous ce système. C'est ce que nous dit Gaius dans son IV^e Commentaire : *Cum olim, quamdiu nomine legis actiones in usu fuissent, alterius nomine lege agere non liceret.* (Gaius, IV, 82.)

De même Ulpien au *Digeste* : *Nemo alieno nomine legere agere potest.* (*D.*, L., 123, *de reguli juris*, L. 17.)

Les formules, en effet, que les plaideurs employaient ne pouvaient pas s'y prêter, elles contenaient une affirmation ou une négation sur le droit ou le fait de la personne qui le prononçait, et on ne pouvait rien y changer sans voir la demande repoussée. Cette règle rigoureuse comportait cependant plusieurs exceptions :

I. — On pouvait plaider *alieno nomine* :

1^o *Pro populo*. — Mais si tout le monde s'accorde pour reconnaître l'exception au principe, exception qui du reste nous est rapportée par Gaius et par Justinien (Gaius, IV, 82. — *Inst.* de Justinien, IV, 10), il n'en est plus de même quand il s'agit de savoir sur quoi portait au juste cette exception. Quelle était au juste cette action *pro populo*? Là les interprètes se divisent : les uns,

parmi lesquels on peut citer Keller (§ 54) et Zimmern (*Des actions*, § 45) entendent par là des actions publiques et même populaires dans les cas où la *legis actio* avait pu leur être appliquée.

Les autres, et telle est à notre avis l'opinion la meilleure, y voient l'hypothèse d'un procès intéressant le peuple, personne morale ne pouvant agir par elle-même; nous croyons, pour la même raison, que l'on dérogeait aussi au droit commun pour les cités et les autres personnes morales. Et en effet ces actions publiques dont parlent les défenseurs de l'autre opinion étaient des actions criminelles, et Justinien ne s'occupe pas du droit criminel dans ses *Institutes*, au moins au titre X du livre IV. Quant aux actions populaires, ainsi que le fait remarquer M. Accarias (t. II, note sous le n° 930), celui qui les intente se les approprie par cela même et en a le bénéfice, il n'agit donc véritablement pas pour autrui.

2° *Libertatis causâ*. — L'hypothèse est celle de la *causa liberalis*; les esclaves ne pouvaient figurer en justice, il leur fallait donc un *assertor libertatis* (de *asserere manu*, « prendre par la main et attirer à soi »; c'est ce que faisait l'*assertor* à l'égard de la personne qu'il représentait. — Varron, *De lingua latina*, VI, 64). Et en effet, dans le cas où la personne dont la liberté était contestée aurait plaidé elle-même et aurait succombé, elle aurait contesté immédiatement la validité de la sentence, pour défaut de capacité des parties. Cette représentation était vue avec tant de faveur, que nous trouvons au *Digeste* (D. L. 1, XL, 12), un passage d'Ulpien nous appre-

nant qu'on pouvait plaider même contre le gré de celui qui se trouvait en servitude, et au même titre, les lois 3 et 6 nous disent qu'on admettait pour cette représentation les proches parents, même femmes ou soldats, l'épouse; venaient ensuite les *extranei*, mais tous étaient primés par le père de famille. Ces décisions sont des dérogations à cette règle qu'en principe l'*assertor* est choisi par la personne intéressée. Enfin, l'*assertor*, après s'être chargé de l'instance, ne pouvait s'en débarrasser sans encourir une peine (*Sentences* de Paul, V, I, § 5). Le principe qu'on ne pouvait pas réclamer soi-même l'état de liberté a été supprimé par Justinien (*C.*, L. 4, VII, 17.)

3° *Pro tutelâ* (*Institutes* de Justinien, IV, 10). — Il n'en est pas parlé dans Gaius, le passage manque complètement, mais comme Justinien a à peu près copié Gaius, on peut en conclure que ce jurisconsulte en parlait.

C'est le cas, du moins d'après l'opinion générale, du tuteur agissant au nom de son pupille *in/ans* ou absent. Nous disons : « d'après l'opinion générale », car Théophile dans sa paraphrase des *Institutes*, a donné une autre explication. Selon lui, il faut supposer que ces deux citoyens se disputent une tutelle; celui qui succombe aura *agi alieno nomine*, mais personne ne s'est rallié à cette opinion, car, en raisonnant ainsi, on arriverait à dire dans tout procès, que la partie qui succombe a *agi alieno nomine*. D'autres auteurs (Zimmern, *Des actions*, § 45) y voient la représentation du tuteur régulier par un *præ-*

torius tutor, lorsque le tuteur a des intérêts opposés à ceux de son pupille.

4° *Lege Hostilia* (*Institutes* de Justinien, IV, 10). — Nous ne connaissons de cette loi Hostilia que ce que Justinien nous en apprend à ce passage des *Institutes*. Tout ce que nous savons, par conséquent, c'est qu'on pouvait intenter l'action *furti* dans le cas où celui qui avait à se plaindre du vol où son tuteur se trouvait aux mains de l'ennemi, ou était absent pour le service de la République.

Il y avait, outre ces exceptions, plusieurs autres cas qui semblent avoir soulevé des doutes. C'est ainsi qu'on a conclu de certains passages de Cicéron (*In Verrem*, 4, 16, 20; *In Cæciliium divinatio*, n° 20) que l'action *repetundarum* était rangée parmi les exceptions au principe de non-représentation.

De même certains auteurs y rangent la *legis actio injuriarum*, d'après un passage de Caton : *Si quis membrum rupit, aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*.

II. — Le principe de non-représentation souffrait encore une exception par l'institution du *vindex*, que nous rencontrons dans deux hypothèses :

1° Lorsqu'un citoyen romain voulait agir, il sommait son adversaire de comparaître immédiatement devant le magistrat : et, en cas de refus, nous dit la loi des Douze Tables, il pouvait prendre des témoins et l'entraîner de force, *obtorto collo*. Le défendeur pouvait cependant éviter cette violence en présentant un *vindex*, c'est-à-dire un tiers qui consentit à comparaître à sa place : ce

vindex faisait l'affaire sienne et plaidait alors en son propre nom.

2° La seconde hypothèse dans laquelle nous retrouvons le *vindex* est spéciale à une procédure, à la *legis actio per manus injectionem*, lorsque le débiteur avait été condamné, ou avait avoué sa dette *in jure*. Elle diffère de la première en ce qu'elle suppose que le défendeur a déjà au moins comparu devant le magistrat. Le créancier amenait le débiteur devant le magistrat pour proclamer solennellement son droit. Si, au bout de trente jours, le débiteur ne payait pas, il pouvait prendre deux partis ou plus exactement se trouver dans deux positions : il pouvait d'abord ne pas contester la dette ou ne pas fournir de *vindex*, et alors, il était *addictus* à son créancier, qui pouvait le retenir prisonnier dans sa maison ; si, au contraire, il voulait contester l'exactitude ou la validité du jugement, il pouvait *manum a se depellere*, c'est-à-dire repousser la *manus injectio*, mais à la condition de fournir un *vindex* immédiatement. Le *vindex* prenait le procès pour son compte, et le débat recommençait entre lui et le créancier. Comme en réalité, le *vindex* niait l'exactitude du jugement, nous pouvons croire que s'il succombait, il encourait une condamnation au double, par analogie de ce qui avait lieu dans le droit classique en cas d'*infitiatio*, de la part du défendeur à l'action *judicati*, et en cas de *revocatio in duplum*.

D'ailleurs, quant aux effets de l'intervention du *vindex* dans les deux cas, nous devons dire qu'ils étaient les

mêmes : le défendeur primitif était libéré, et mis complètement hors de cause.

La règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest*, était trop gênante pour pouvoir subsister longtemps dans toute sa rigueur. Il y avait en effet bien des cas où il était impossible d'agir, soit par suite d'une absence, soit par suite d'une maladie : et si nous ajoutons que certaines actions étaient temporaires, qu'elles pouvaient avoir pour objet une servitude susceptible de s'éteindre par le non-usage ou une chose possédée de bonne foi par un tiers, nous voyons que la règle pouvait avoir de graves inconvénients ; aussi ne devait-elle pas tarder à subir des modifications que nous allons voir apparaître avec le système formulaire.

CHAPITRE II

PROCÉDURE FORMULAIRE

Les pérégrins ne pouvant pas agir au moyen de la procédure des actions de la loi, on avait institué vers l'an 507 un préteur pérégrin chargé de s'occuper des contestations entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens romains. Les parties comparaissaient devant lui *in jure*, expliquaient leur affaire et il leur donnait pour juges plusieurs *recupérateurs* ; à cet effet, il donnait à ces récupérateurs une instruction écrite appelée *formule* dans laquelle il indiquait les points qui restaient à vérifier et la décision qu'ils devaient prononcer selon le résultat de la vérification. Ce fut cette juridiction spéciale aux pérégrins qui donna graduellement naissance au système devant plus tard remplacer le système des actions de la loi. La procédure appliquée aux pérégrins était très simple et formait un contraste violent avec celle des actions de la loi. Aussi Gaius nous dit que ces dernières devinrent bientôt odieuses à cause du danger où on était de perdre son procès par suite de la plus petite erreur de forme, indépendamment des autres inconvénients signalés plus haut. On supprima donc cette procédure, et on adopta la procédure par formules. Ce furent les lois *œbutia* et *Juliae*, rendues, la première, selon l'opinion générale, en l'an 583, et les secondes sous Auguste, qui introduisirent le système formulaire.

Elles appliquèrent les formules aux actions de la loi en ne laissant subsister que le *sacramentum*, lorsqu'il devait être porté devant les centumvirs.

Le caractère distinctif de ce système est la formule ou instruction rédigée par le magistrat et fixant l'objet précis du débat. Le procès se divise en deux parties : la première comprend les actes qui se passent devant le magistrat, les parties sont alors *in jure* ; la seconde se passe devant le juge ; on est alors *in judicio*.

Sous l'empire de cette procédure, notre principe que celui qui figure dans un procès en a seul les effets, reçut une atténuation du préteur, et on peut se faire représenter.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno; alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio. (Gaius, IV, 82.)

Le système formulaire se prêtait en effet très bien à l'intervention d'un tiers dans le procès, grâce à la conception de la formule, dont les termes pouvaient être changés par le préteur : voyons en effet quelles sont les diverses parties dont se compose la formule ?

La formule se compose de diverses parties que nous pouvons distinguer en parties principales et en parties accessoires (*adjectiones*). Ces dernières sont les *prescriptiones* et les *exceptiones*, mais nous n'avons pas à nous en occuper. Les parties principales de la formule, nous dit Gaius (IV, 82), sont : la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio* et la *condemnatio*.

La *demonstratio* est la partie de la formule indiquant les faits qui servent de base à la demande. Cette partie

manque dans les actions réelles : il est en effet inutile d'indiquer pourquoi on est propriétaire ; le propriétaire soutient d'une manière générale que la chose lui appartient *ex jure Quiritium*, il n'y a donc que l'*intentio* et la *condemnatio*.

L'*intentio* est la partie de la formule où le demandeur exprime sa prétention ; on l'a définie : les conclusions du demandeur. (Van Wetter, II, p. 506.)

Dans les actions *in factum*, l'*intentio* et la *demonstratio* se confondent.

La *condemnatio* est la partie de la formule donnant au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur. Cette partie ne manque que dans les actions préjudicielles où il s'agit de statuer sur l'état des personnes ou sur une question de droit ou de fait dont la solution sert en quelque sorte de préliminaire à une action ordinaire, qui pourra être intentée plus tard.

Enfin l'*adjudicatio*, qui se trouve dans les actions divisoires, est la partie de la formule où le magistrat donne au juge le pouvoir d'attribuer à chaque plaideur la portion de biens qu'il jugera convenable.

Voici un exemple de formule donné par Gaius (IV, 40, 41, 42, 43) qui montre très bien ces différentes parties :

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit (Demonstratio) : *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium Decem millia dare oportere* (Intentio) : *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium. Decem millia condemna, si non paret, absolve* (Condemnatio).

Lorsqu'une personne agissant au nom d'autrui intervenait dans un procès, la formule subissait un changement. L'*intentio* était bien conçue au nom du *dominus*, mais la *condemnatio* était prononcée au profit du mandataire ou contre lui. C'est ce que nous apprend Gaius dans ses *Commentaires* : *Qui alieno nomine agit, intentionem quidem in personâ domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.* (Gaius, IV, 86.)

Cette conception de la formule ressemble à celle qui se trouve dans l'action *Rutiliana*, ainsi nommée du préteur Rutilius, qui fut le premier à l'accorder : c'était à propos de la *venditio bonorum* : l'*emptor bonorum* ayant succédé à tous les droits de celui dont il avait acquis la masse de biens, ne pouvait les exercer qu'au nom de ce dernier : on mettait alors le nom du débiteur dans l'*intentio* et le nom de l'*emptor bonorum* dans la *condemnatio* ; on fit de même dans le cas où une personne se présentait pour plaider *alieno nomine* ; la *condemnatio* devait être au nom du mandataire, par suite d'un des effets de la *litis contestatio* que nous allons indiquer.

Nous avons vu que la procédure se divise en deux parties bien distinctes : la première partie se passe *in jure*, la seconde *in judicio*. Sous la procédure des actions de la loi, au moment où se terminait la partie de la procédure devant le magistrat, les plaideurs prenaient les assistants pour témoins de ce qui s'était passé : d'où le nom de *litis contestatio*, venant des mots *testes estote*. Dans le système formulaire, on emploie bien en-

core l'expression *litis contestatio*, mais les plaideurs n'invoquent plus le témoignage des assistants, on désigne par là le moment où se termine la procédure devant le magistrat. La *litis contestatio* produit, entre autres effets, celui de transformer le droit déduit en justice ; le droit d'action du demandeur est transformé en une obligation nouvelle ; il y a donc à la fois extinction du droit antérieur et création du droit nouveau. (Gaius, III, 480.)

Quant à l'extinction du droit antérieur,) nous devons faire une distinction : elle aura lieu soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope* : *ipso jure*, c'est-à-dire que si le créancier veut agir de nouveau, sa prétention sera repoussée sans que l'adversaire ait besoin de faire insérer dans la formule l'exception *rei in iudicium deductæ*, ou *rei iudicatæ*, ce qui serait nécessaire en cas d'extinction, *exceptionis ope*. Pour qu'elle s'opère, *ipso jure*, il faut que l'action soit personnelle, *concepta in ius*, et que ce soit un *iudicium legitimum* : elle s'opèrera *exceptionis ope*, dès qu'il manquera une de ces trois conditions. Quel était le motif de ces distinctions ? Une des conditions, avons-nous dit, est qu'il y ait un *iudicium legitimum* ; cela suppose que le jugement a lieu à Rome ou à un mille autour de Rome, devant un seul juge, et entre citoyens romains. Il est assez difficile d'expliquer cette nécessité du *iudicium legitimum* : cela tient sans doute à ce que, aux yeux des Romains, il n'y avait de *iudicium* reconnu par le droit civil qu'autant qu'il réunissait ces diverses conditions : on a aussi essayé de l'expliquer en disant que le magistrat ne pouvait pas

détruire directement en vertu de son *imperium* une prétention basée sur le droit civil.

Il est plus facile de se rendre compte des deux autres conditions. La formule devait être *concepta in jus*, et non *in factum*, car on concevait bien qu'une obligation pût être effacée par une autre obligation, mais on ne concevait pas que les faits accomplis pussent jamais s'effacer. Enfin l'action devait être *in personam*, parce que un droit réel ne peut être nové par une obligation. On s'est demandé si tout en éteignant l'ancien droit, la *litis contestatio* ne laissait pas subsister une obligation naturelle. Nous avons sur ce point des textes qui ne peuvent laisser aucun doute : *Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse.* (D., L. 60, de *condictione indebiti*, XII, 6). *Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.* (D., L. 28, XII, 6.)

Nous avons dit qu'il y avait extinction du droit antérieur et création d'un droit nouveau : ce droit nouveau est un droit de créance ayant pour objet de l'argent, car toutes les condamnations sont pécuniaires : et ce nouveau droit est basé sur une autre cause, il est basé sur un contrat qui se forme entre les parties au moment de la rédaction de la formule : *incipit reus teneri litis contestatione.* (Gaius, III, 180.)

Il nous est facile maintenant de nous rendre compte du résultat de l'intervention d'un représentant dans un procès. Le contrat dont nous venons de parler, qui se forme au moment de la *litis contestatio*, se forme avec le représentant : c'est ce dernier qui est le créancier ou

le débiteur éventuel ; la condamnation devra donc être prononcée pour ou contre le représentant : et nous devons insister sur ce point sur lequel nous aurons à revenir, le droit du *dominus* est éteint, il n'est plus en cause, il devient étranger aux suites de l'instance ; l'adversaire ne connaît plus que le représentant.

Cette modification dans la formule, en d'autres termes, ce mode de réalisation du mandat était commun à toutes les personnes agissant au nom d'autrui.

De cet effet de la *litis contestatio*, nous avons encore à tirer une conséquence qui est commune à tous les représentants. A ce moment, le mandataire devenait *dominus litis*, et le *dominus* ne pouvait plus le révoquer. Cependant si le *dominus* voulait soit figurer lui-même dans l'instance, soit substituer un autre mandataire, il pouvait demander une *translatio iudicii* au magistrat, qui ne l'accordait que *causa cognita*. C'est ce que nous voyons dans différents textes :

Verba edicti talia sunt : Ei qui cognitorem dedit causa cognita, permittam iudicium transferre. (Frag. Vat., § 341.)

Et au *Digeste*, une loi d'Ulpien :

Post litem contestatam, reus qui procuratorem dedit, mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo procuratore, vel in civitate manente, potest, causa tamen prius men cognita. (D., L. 17, principium, de procuratoribus, III, 3.)

Cette *translatio iudicii* avait pour résultat un changement dans la formule, une modification de la *condemnatio*. Il suffisait de substituer dans la *condemnatio* au

nom du mandataire qui y figurait le nom du *dominus* lui-même ou du mandataire qui devait être substitué.

Nous avons vu, en effet, que la formule ne subissait de changements que dans la *condemnatio* et que l'*intentio* était toujours rédigée au nom du *dominus*.

Avant la *litis contestatio* au contraire, le représentant pouvait être révoqué à la volonté du *dominus*. (D., L. 16, Paul, *de procuratoribus*, III, 3.)

Il n'y a là, en effet, qu'un mandat pouvant être révoqué tant qu'il n'y a pas eu exécution. (*Inst.*, III, XXVI, 9, *De mandato*.)

Tout ce que nous venons de dire suppose que le *dominus* ne change pas jusqu'à la sentence, et que, d'un autre côté, le mandat du *procurator* subsiste (sauf le cas de *translatio iudicii* par suite de la *revocatio* par le *dominus*).

Nous devons dire quelques mots des autres hypothèses qui peuvent se présenter. Et d'abord si le *dominus* meurt avant la *litis contestatio*, le mandat donné au *procurator* s'évanouit par cela même (*Inst.* de Justinien, III, XXVI, § 10.) Il n'y a pas eu commencement d'exécution, les choses sont encore entières : après la *litis contestatio*, le *procurator* est *dominus litis* et doit rester dans l'instance jusqu'à la fin : mais lorsque le *dominus* est mort avant la *litis contestatio*, il se peut que par exception le *procurator* soit tenu de rester dans l'instance : c'est ce que nous dit Ulpien au *Digeste* : *Si defunctus est dominus ante litem contestatam, iudicium solvi stipulatione pro suo procuratore dato, procurator compellendus est ad iudicium accipiendaum* (D., L. 15, III, 3).

Il y avait enfin des cas où le *procurator* pouvait ne pas être forcé de rester dans l'instance : *Si post datum procuratorem, capitales inimicitiae intercesserunt, non cogendum accipere iudicium, nec stipulationem ob rem non defensam non committi ; quia causa nova sit.* (D., L. 14, III, 3.)

Si le *procurator* mourait même après la *litis contestatio*, le mandat ne passait pas à ses héritiers, c'est ce que nous trouvons dans une constitution des empereurs Théodose et Valentinien : *Si lite contestatâ, procuratorem vel cognitorem qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime ejus quærantur hæredes.* (Code Théodosien, constitution VII, de *cognitoribus et procuratoribus*, II, 12.)

De tout ce qui précède, il ressort que les règles pour la réalisation du mandat étaient les mêmes à quelque époque qu'on se plaçât et quel que fût le représentant. Mais il n'en était pas de même pour la constitution du mandataire et pour les effets de cette constitution. Nous devons, pour étudier la législation romaine à ce double point de vue, distinguer soigneusement les *cognitores* et les *procuratores*. Gaius cite bien, il est vrai, quatre sortes de représentants : les *cognitores*, *procuratores*, *tutores*, *curatores* : mais en examinant de près, on voit que les *tutores* et *curatores* n'étaient au fond que des *cognitores* ou *procuratores*. C'est donc sur ces derniers que doit se porter toute notre attention : il nous suffira de dire ensuite quelques mots sur les tuteurs et les curateurs.

Plaçons-nous d'abord au point de vue de la constitution.

A. — Constitution

Le *cognitor*, nous dit Gaius, est constitué par paroles solennelles prononcées par le *dominus* en présence de l'adversaire. *Quod a te fundum peto in eam rem tibi Lucium Titium cognitorem do.* — *Quando tu meum agere vis, in eam rem cognitorem do.* (Gaius, IV, 83.)

Le nom de *cognitor* vient de ce que ce représentant connaissait l'affaire d'autrui. Lors de sa constitution, l'adversaire devait être présent, mais le *cognitor* lui-même pouvait très bien être absent : le mandat n'existait alors à son égard que du jour où il l'avait accepté. Gaius nous dit qu'il fallait des paroles solennelles : *certis verbis*, mais nous trouvons aux *Fragments du Vatican*, des passages nous montrant que cependant on avait une certaine latitude : ainsi si on avait ajouté ou retranché quelque chose à la formule, la constitution n'en était pas moins valable, et le jurisconsulte ajoute que, en cela, on n'était pas aussi rigoureux que dans les actions de la loi : on pouvait même prononcer la formule en grec. (*Frag. Vat.*, §§ 317 et 318.)

Il s'est élevé une question sur la constitution du *cognitor* : devait-elle être faite *in jure*? Gaius est muet là-dessus. On admet cependant généralement que la constitution devait être faite *in jure*, car les formules que Gaius nous rapporte semblent prouver que les adversaires sont devant le magistrat.

Voici en effet comment elles commencent :

Quod ego a te fundum peto ; quamdiu tu a me fun-

dum petis. Nous avons, en outre, un texte à l'appui de cette affirmation :

C'est une interprétation ajoutée à une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (*Code Théodosien*, L. 7, *de procuratoribus et cognitoribus*, II, 12) : *Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam præsens præsente judice injungit*. Or au v^e siècle on employait le mot *judex* pour désigner le magistrat.

Enfin le *cognitor* ne pouvait pas être institué sous condition. (*Frag. Vat.*, § 329.)

L'obligation imposée au *dominus* d'être présent à la constitution du *cognitor*, faisait qu'il y avait bien des cas où il était impossible de s'en servir ; ainsi lorsque le *dominus* était absent, la *cognitura* était impraticable : ce fut sans doute la cause que fit admettre d'autres représentants judiciaires dont la constitution fût plus facile et exigeât moins de formalités. Ces représentants furent les *procuratores*.

A la différence du *cognitor*, le *procurator* pouvait être constitué sans paroles solennelles, même en l'absence de son adversaire et à son insu. Bien plus, il se pouvait qu'il n'eût pas reçu mandat, pourvu qu'il se chargeât de l'affaire de bonne foi et qu'il fournit la caution *de rato* (Gaius, IV, 84). Mais il fallait distinguer avec soin les deux hypothèses : car lorsque le *procurator* était pourvu d'un mandat, il épuisait le droit litigieux et l'adversaire pouvait opposer à une nouvelle demande l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ* : si au contraire il plaide sans mandat, le résultat sera différent selon qu'il sera demandeur ou défendeur : comme

défendeur il épuiserà le droit; comme demandeur il le laissera intact, et le *dominus* pourra renouveler l'action tant qu'il n'aura pas ratifié. (*D.*, L. 27, *principium, de procuratoribus*, III, 3.) La raison de cette distinction est que le fait d'un tiers peut nous libérer, mais non nous ôter un droit.

Le *procurator* pouvait aussi être constitué devant le magistrat; on disait alors qu'il était *apud acta*. Nous avons de nombreux textes sur les différentes espèces de constitutions des *procuratores*. Ulpien nous apprend que le *procurator* pouvait être constitué sous condition; son mandat pouvait être valable jusqu'à une époque fixée ou ne commencer qu'à une époque fixée : *Et in diem, et sub conditione et usque ad diem dari potest.* (*D.*, L. 3, *de procuratoribus et defensoribus*, III, 3.)

Et aux *Sentences* de Paul, nous voyons quel moyen on pouvait employer pour donner le mandat : *Mandari potest procuratio et præsenti et absenti, et nudis verbis et per litteras et per nuntium et apud acta præsidis et magistratûs.* (*Sentences* de Paul I, 3. § 1.)

Le *dominus* avait donc toute latitude pour constituer un représentant, et on n'était astreint à aucune conditions de forme, ce qui apportait une grande facilité. Mais par suite il régnait le plus souvent une grande incertitude sur l'existence du mandat, nous avons vu en effet que le *procurator* pouvait même être constitué en l'absence du demandeur. Voilà déjà une différence très grande à noter entre la *procuratio* et la *cognitura*.

Lorsqu'il y avait eu un représentant dans un procès, le *dominus*, avons-nous dit, y était considéré comme

étranger, par suite l'adversaire était exposé à plusieurs dangers que nous devons signaler.

Supposons d'abord que le représentant était demandeur. On pouvait craindre que, le mandataire ayant succombé, le *dominus* ne voulût pas se soumettre à la sentence. « Il est à craindre, nous dit Gaius, que le *dominus* n'intente l'action de nouveau. » (Gaius, IV, 98.) Pour parer à cette éventualité, et ne pas priver la partie adverse du bénéfice de la sentence, on exigeait du *procurator* du demandeur qu'il fournît la caution *rem ratam dominum habiturum*.

Cette caution, dont le texte nous est fourni par Julien, au *Digeste*, porte que les parties ne feront pas de demande nouvelle sur le même objet et ratifieront le procès actuel : *Nam in ea stipulatione cavetur, non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, persecutio sit, et ratum habituros omnes ad quos ea res pertinebit.* (D., L. 23. *ratam rem haberi*, XLVI, 8.)

Le promettant dans cette caution s'engage simplement à faire ratifier ; son obligation s'évanouit donc dès que le *dominus* a ratifié ; mais pour que la stipulation soit encourue (*committatur stipulatio*,) il ne suffit pas que le *dominus* n'ait pas ratifié, il faut de plus qu'une nouvelle action soit intentée, c'est-à-dire qu'il y ait eu *litis contestatio* sur la nouvelle demande, car, nous dit Paul (D., L. 15. *rem ratam haberi*, XXVI, 8), jusqu'à la *litis contestatio*, le *dominus non petit, sed vult petere* ; et il n'est pas nécessaire que ce soit le *dominus* lui-même qui intente la nouvelle action, portant bien entendu sur le même objet. Le résultat serait le même si la demande était introduite par ses hé-

ritiers et autres ayant cause qui sont tenus de ses obligations, à moins cependant que dans la stipulation on n'ait omis intentionnellement de les désigner. (D. L. 22, §7., *rem ratum haberi*. XLVI, 8.) De même il ne suffit pas que la nouvelle demande ne soit pas faite contre celui qui a stipulé la satisfaction, car la caution était au profit de toutes les personnes qui auraient été libérées par la ratification. Nous trouvons au *Digeste* des applications de cette règle aux *fidejussores* et aux *rei promittendi*. (D. LL. 1 et 14, XLVI, 8).

Lorsque la stipulation est encourue, on a l'action *ex stipulatu* contre celui qui a joué le rôle de promettant pour obtenir le montant du dommage causé par le renouvellement du procès; *Si commissa est stipulatio, in tantum competit, in quantum med interfuit, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*. (D. L. 12, XLVI, 8 voir aussi LL. 2 et 19, *eodem titulo*). Par suite, si l'action peut être intentée de suite, elle ne peut pas être jugée de suite, parce que le dommage ne pourra être apprécié qu'après la clôture de l'action intentée par le *dominus*. Il y a cependant des cas où le *dominus* pouvait agir de nouveau sans que la stipulation fût encourue. Ces cas nous sont indiqués par Papinien, (D. L. 3, *principium* et § 1, XLVI, 8.) Il suppose d'abord que la caution *de rato* a été fournie par le *procurator* d'un mineur de vingt-cinq ans; si ce mineur obtient ensuite l'*in integrum restitutio*, la stipulation ne sera pas exigible, parce que le mineur, eût-il agi lui-même, aurait pu aussi obtenir l'*in integrum restitutio*. Le second cas cité par le jurisconsulte est celui du *dominus* qui interjette appel du jugement

rendu contre le *procurator* ; là encore la stipulation ne sera pas encourue, puisqu'il aurait pu interjeter appel s'il avait agi lui-même ; dans ces deux hypothèses, le *dominus* ne fait qu'user du droit commun.

Il est vrai que cette satisfaction ne s'opposait pas directement à ce que le *dominus* recommencât le procès dans lequel avait figuré le *procurator*, car ce dernier s'était engagé seul, il avait promis de faire ratifier par le *dominus*, et cette satisfaction était fournie précisément pour le cas où le *dominus* voudrait recommencer l'instance. Mais alors l'adversaire se retournait contre le représentant et agissait contre lui en vertu de la stipulation qui avait été faite.

D'un autre côté, le *procurator* étant un mandataire du *dominus*, et étant poursuivi par l'adversaire, il avait l'action *mandati contraria* contre son mandant pour être désintéressé : car il est de principe qu'un mandataire ne doit pas souffrir des obligations contractées à l'occasion de son mandat. On voit par suite que par la satisfaction *de rato*, les Romains arrivaient indirectement à faire respecter par le *dominus* la chose jugée vis-à-vis du représentant.

En principe la caution *de rato*, nous l'avons dit, n'est fournie que par le demandeur. Le *procurator* du défendeur pouvait cependant être tenu de la fournir dans certains cas, lorsque le *dominus* pouvait avoir une action pour attaquer le jugement. (*D.*, L. 39, *de procuratoribus*, III, 3, § 6.) Cela se présente lorsque le défendeur à une action réelle est un simple *defensor* sans mandat certain ; en effet, si le *defensor* succombe, le *dominus* pourrait

encore exercer la revendication contre le demandeur qui serait rentré en possession de la chose ; la caution *de rato* seule peut garantir de cette éventualité.

Dans la *cognitura*, le mandat donné est public et certain, aussi l'édit dispense-t-il le *cognitor* qui est *loco domini* de fournir la caution *de rato* ; le *cognitor* a déduit le droit en justice, le *dominus* ne peut pas le contester, et il ne peut pas plus recommencer le procès que s'il avait d'abord agi lui-même : on pourrait en effet lui opposer l'exception *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ*.

Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfactio vel a ipso desideratur... Periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum sit, (Gaius, IV, §§ 97 et 98.)

Si nous supposons maintenant que le représentant est intervenu dans l'intérêt du défendeur, il y a encore un danger d'une autre nature pour l'adversaire, danger contre lequel on devait lui donner des garanties. C'est le nom du représentant qui figure dans la *condemnatio*, l'adversaire ne peut recourir en principe que contre lui pour l'exécution de la sentence, si le *dominus* se refuse à l'exécuter.

Aussi, à côté de la caution *rem ratam dominum habiturum*, nous voyons la caution *judicatum solvi*, qui n'est jamais stipulée que par le demandeur. Cette satisfaction comprenait trois choses : *Judicatum solvi tres clausulas in unum collatas habet : de re defendenda, de dolo malo, de re judicata.* (D., L. 6, *judicatum solvi*, XLVI, 7.) En vertu de la clause *de re defendenda*, si le défendeur refuse

de procéder à la *litis contestatio*, ou s'il fait défaut après la *litis contestatio*, le demandeur peut agir par l'action *ex stipulatu* contre lui ou contre ses fidéjusseurs. Cette manière de procéder évite de grandes lenteurs ; car si nous supposons que le défendeur ne veuille pas procéder à la *litis contestatio*, comme à Rome il est impossible d'engager un débat sans que les deux parties assistent à la rédaction de la formule, le demandeur n'aurait que la ressource d'obtenir du préteur la *missio in possessionem* des biens de *l'indefensus*, pour aboutir à la *venditio bonorum*. Si au contraire le défendeur fait défaut devant le juge, après le *judicium acceptum*, le juge peut, il est vrai, rendre néanmoins la sentence, mais il y a un arrêt provisoire dans la procédure, parce que le demandeur doit remplir des formalités qui nous sont indiquées par Ulpien au *Digeste*. (D., L. 68, 69, 70, 71, de *judiciis*, V, 1.) Il doit, à des intervalles d'au moins dix jours, obtenir du magistrat qui a délivré la formule, trois édits enjoignant au défendeur absent de comparaître. Après ces trois édits, nous dit Ulpien, il obtiendra l'*edictum peremptorium*, ainsi nommé parce qu'il enlève au défendeur toute excuse pour se dérober plus longtemps : c'est une mise en demeure définitive. Dans ce dernier édit, le magistrat prévient le défendeur que la cause sera jugée même pendant son absence. Il y avait certains cas où on n'avait pas besoin de recourir à ce nombre d'édits ; quelquefois le *peremptorium* était accordé après un ou deux de ces édits que nous pouvons appeler préparatoires, quelquefois même il était accordé de suite : cela dépendait des circonstances. (D., L. 72, de *judiciis*, V, 1. — *Pauli Sententiæ*, V, 5, § 7.)

Ce sont toutes ces lenteurs qui sont évitées par l'action *ex stipulatu* en vertu de la clause de *re defendenda*.

Par la seconde clause de la caution *judicatum solvi*, clause de *dolo malo*, le défendeur promet de s'abstenir de tout dol, et nous voyons dans une loi de Vénuléius (*D.*, L. 19, XLVI, 7), quel'on garantit *dolum malum abesse ab futurumque*, c'est-à-dire même le dol postérieur à la promesse; les héritiers du promettant appelés à continuer l'instance, seraient donc tenus de leur dol comme succédant aux obligations de leur auteur. Comme exemple de ce dol, on peut citer le cas où le défendeur condamné à restituer un objet, le dégraderait avant d'exécuter la sentence. Dans un autre ordre d'idées, si le défendeur a usucapé *inter moras litis*, et qu'il ait ensuite consenti hypothèque, l'hypothèque sera valable, mais il y aura dans ce fait le dol prévu par la satisdation. Par l'action *ex stipulatu*, le demandeur pourrait donc obtenir plus qu'il n'aurait par l'action *judicati*, en se basant sur le dol de son adversaire.

Enfin la troisième clause est la clause de *re judicata*, qui est très utile lorsque, le défendeur étant insolvable, on ne peut recourir contre lui pour l'exécution de la sentence, car alors l'action *ex stipulatu* peut être intentée contre les fidéjusseurs.

Nous avons dit que cette caution n'est jamais stipulée que par le demandeur, nous devons voir maintenant quels sont les défendeurs qui sont tenus de la donner. Lorsque le défendeur plaide lui-même, *proprio nomine*, nous voyons une distinction : Dans les actions personnelles, en principe, il ne la fournit pas, parce que la demande

est présumée non fondée. Gaius cependant (IV, 102) nous indique des cas où elle sera exigée: ce sera, dit-il *aut propter genus actionis, aut propter personam, quia suspectasit; propter genus actionis, veluti judicati, de pensive aut cum de moribus mulieris agitur*. Il est probable que la nécessité de fournir une satisfaction dans les deux premiers cas dérive de l'obligation où on était autrefois de fournir un *vindex* dans les mêmes cas pour éviter la *manus injectio*.

La caution était exigée *propter personam* quand le défendeur avait dissipé son patrimoine et que ses biens avaient été vendus, ou quand ce défendeur était un héritier que le prêteur jugeait suspect.

Dans les actions réelles, au contraire, le défendeur plaidant *proprio nomine* devait fournir la caution *iudicatum solvi*, et cela était équitable, car il restait en possession de la chose et il pouvait la détériorer ou même la détruire; la caution était une garantie contre cet événement. Si le défendeur refusait de fournir la satisfaction, le demandeur n'était pas pour cela privé de toute protection, car il y avait l'interdit *quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum*, qui, nous devons le rappeler, était *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*. Par cet interdit, il était mis en possession de la chose, il devenait défendeur et n'avait plus qu'à attendre la revendication de son adversaire. Si le défendeur plaide *alieno nomine*, il est de règle que dans toutes les actions, soit personnelles, soit réelles, la caution *iudicatum solvi* est toujours exigée.

Mais il y a une différence suivant que nous nous trouvons en présence d'un *cognitor* ou d'un *procurator*.

Lorsque le *dominus* est représenté par un *cognitor*, c'est le *dominus* lui-même qui doit fournir la caution : *Ad defendendum, cognitore constituto, dominus, non cognitor, satisdare cogendus est.* (*Frag. Vat.*, § 317.)

Si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur. (*Gaius*, IV, 101.)

Cette disposition est toujours la conséquence de ce que le mandat est certain, et que le *dominus* ne peut pas en nier l'existence par la suite. Mais il n'en est pas de même dans la *procuratio*, puisque le *dominus* peut être absent : c'est donc le *procurator* qui doit fournir la caution : *Cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus sed procurator judicatum solvi satisdare compellitur.* (*Frag. Vat.*, § 317.)

B. — Effets

Telles sont les conditions nécessaires pour que le procès puisse s'engager entre les tiers et les représentants. Si nous supposons maintenant que le procès a suivi son cours, que la sentence a été rendue, nous devons nous demander quelles étaient les règles particulières qui étaient observées ; en d'autres termes quel était l'effet de la présence du représentant au procès ?

Lorsque la sentence avait été rendue, le plaideur qui avait obtenu gain de cause avait l'action *judicati* pour en assurer l'exécution. En principe, cette action *judicati* était donnée à celui dont le nom figurait dans la con-

demnatio. Cette règle fut appliquée au *procurator*. Le paragraphe 317 des *Fragments du Vatican* nous apprend, en effet, que l'action *judicati* est donnée au *procurator* ou contre lui. *Interveniente procuratore, judicati actio ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum, competit*. Nous devons rappeler qu'en effet la formule avait subi un changement et que la *condemnatio* était rédigée au nom du *procurator*.

Mais on avait dérogé à la règle pour le *cognitor* : nous voyons dans les *Fragments du Vatican* que, en cas de *cognitura*, l'action est donnée au *dominus* ou contre lui. *Cognitore enim interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur*. (*Frag. Vat.*, § 317). Cette dérogation s'explique toujours par la certitude du mandat.

Le jurisconsulte ajoute que l'action n'est donnée au *cognitor* ou contre lui que lorsqu'il a été établi *in rem suam* : nous traiterons de cette matière en traitant de la *procuratio in rem suam*.

L'action *judicati* n'était pas la seule qui fût donnée à la suite d'une instance. Il pouvait encore y avoir lieu à l'action *ex stipulatu* pour obtenir le payement de ce qui avait été stipulé dans la caution *judicatum solvi*.

Là encore, lorsque dans le procès avait figuré un *cognitor*, cette action *ex stipulatu* était donnée au *dominus* ou contre le *dominus*, de même que l'action *judicati* dont elle suit le sort. Dans le cas de *procuratio*, on la donnait donc au *procurator* et contre lui.

Le principe de non-représentation est donc bien observé dans la *procuratio*, les effets se produisent non en la personne du *dominus*, qui n'a pas figuré au procès,

mais en la personne du *procurator*, qui seul a été partie, et en qui seul, par conséquent, les effets de la sentence ont pu se produire.

Quant au *cognitor*, par l'exercice de ces deux actions, en réalité, l'effet de l'instance paraît se produire chez le *dominus*, et le *cognitor* semble y rester étranger. Devons-nous donc en conclure que le *cognitor* était un représentant judiciaire au sens strict du mot, et que les Romains avaient abandonné complètement leur principe de non-représentation ?

Nous ne le pensons pas, car les Romains, en posant le principe de non-représentation, l'ont posé d'une façon générale : si l'action *judicati* appartient au *dominus*, c'est que le prêteur dans son édit la lui donne *utilitatis causa*, parce que le mandat est trop certain pour qu'il puisse s'élever quelque difficulté ; il donne en même temps une exception pour paralyser l'action qui serait intentée par le *cognitor* : nous pouvons du reste invoquer plusieurs arguments à l'appui de cette opinion :

1° Gaius dans ses *Institutes*, au paragraphe 82 de son IV^e commentaire, nous dit : *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno: alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio.*

Puis un peu plus loin, il ajoute au paragraphe 86 : *Qui autem alieno nomine agit, condemnationem in suam personam convertit.* Ce dernier paragraphe se réfère donc aussi bien au *cognitor* qu'au *procurator*, au *tutor* et au *curator*, puisque Gaius a employé l'expression générale : *Qui autem alieno nomine agit.*

2° Un second argument nous est fourni par le para-

graphe 317 des *Fragments du Vatican*. Ce paragraphe nous dit que le *cognitor* n'a l'action *judicati* que si il est établi *in rem suam*. Or qu'était-ce que la *cognitura in rem suam*? C'était un moyen d'éluder la règle qui interdisait de céder les créances, mais ce n'était pas une règle posée dans le droit civil; cela nous permet de dire que, avant qu'on emploie la *cognitura in rem suam*, le *cognitor* devait avoir l'*actio judicati*, et qu'on s'est servi de cette circonstance pour éluder la prohibition de la cession de créances.

3° Nous trouvons enfin un troisième argument dans le *Code Théodosien* à une constitution des empereurs Théodose et Valentinien : *Nec sane videtur incongruum... si cognitor usus fuerit in iudicio prosperiore fortuna vel eadem reclamante devictus, judicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino*. (C., L. 7, § 1, II, 12.)

Cela nous prouve bien que l'action devrait appartenir au *cognitor*, mais qu'on la détourne vers le *dominus*, puisque les empereurs parlent d'une hésitation qui pourrait se produire.

Nous croyons donc que le *cognitor* n'était pas un véritable représentant du *dominus* comme nous l'entendrions aujourd'hui; et si l'action *judicati* était donnée pour ou contre le *dominus*, c'était parce que le prêteur la lui donnait *utilitatis causa* en vertu de son *imperium*.

Les règles que nous venons d'exposer relatives aux *procuratores* subirent de bonne heure des modifications. Nous avons vu que les effets de la *cognitura* se rapprochaient beaucoup des effets de la représentation, et cela

par suite de la certitude et de la publicité du mandat donné au *cognitor*. On partit de cette idée et on établit une distinction entre les *procuratores*, en envisageant la manière dont ils avaient été constitués, de telle sorte qu'on distingua entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*. Le *procurator præsentis* est celui qui a été constitué devant le magistrat, lequel a dressé acte de la constitution : *Apud acta facto procuratore*. (*Frag. Vat.*, § 317.) Quoique constitué devant le magistrat, ce n'était pas un *cognitor*; nous avons vu en effet que pour ce dernier il fallait en outre des paroles solennelles et la présence de l'adversaire. On étendit de plus en plus cette notion de la *procuratio præsentis* et on considéra comme *procurator præsentis* quiconque était constitué *procurator*, lorsque cette constitution était portée à la connaissance de l'adversaire. C'était la conséquence logique du principe qui avait servi de point de départ. C'est ainsi que Modestin nous apprend que si le *dominus* écrivait à l'adversaire qu'il avait choisi un mandataire et qu'il approuvait tout ce qui serait fait par lui, cela suffisait pour qu'il fût considéré comme *procurator præsentis*.

Si procuratorem absentem dominus satisfactione relevare velit, litteras ad adversarium dirigere debet ... Hoc enim casu, litteris ejus approbatis, velut præsentis procuratorem intervenire intelligendum est. (*D.*, L. 65, de *procuratoribus* III, 3). Il n'y eut donc plus que ceux qui ne purent justifier d'aucun mandat qui restèrent de vrais *procuratores* dans le sens vrai du mot; c'est qu'en effet on pouvait les considérer comme de simples *negotiorum gestores*.

Quel était alors le résultat de l'intervention de ce *procurator præsentis* dont nous voyons déjà l'existence au temps de Papinien ? (*Frag. Vat.*, 331.) Ce jurisconsulte nous apprend qu'il était assimilé au *cognitor*. Et d'abord nous voyons qu'on n'exige plus de lui la caution *rem ratam dominum habiturum* : cela nous est indiqué dans un grand nombre de textes (*Frag. Vat.*, § 317, 333. — *Code, lex unica, de satisdando*, II, 57, Dioclétien et Maximien). Cela s'explique, puisqu'il était certain que le *dominus* avait donné mandat : on pourrait donc lui opposer l'exception de la chose jugée ou même l'exception de dol, car il y aurait dol de sa part à recommencer l'instance après avoir fait déduire son droit en justice par un *procurator*. Cette assimilation du *cognitor* et du *procurator præsentis* n'existe du reste que relativement à la caution *de rato* : nous ne la trouvons pas pour la caution *judicatum solvi*. C'est encore le *procurator* et non le *dominus* qui doit la fournir.

L'action *judicati*, en cas de *procuratio præsentis*, fut de même soumise à d'autres règles qu'en cas de *procuratio* ordinaire.

Nous voyons au paragraphe 331 des *Fragments du Vatican* que par suite de l'assimilation au *cognitor*, on la donna, *cognita causa*, au *dominus*. A côté de l'action *judicati*, nous avons vu qu'une action *ex stipulatu* dérivait de la caution *judicatum solvi* ; nous déciderons de même que cette action serait donnée comme action utile pour ou contre le *dominus*, et refusée pour ou contre le *procurator* ; en un mot, cette action *ex stipulatu* suivra le même sort que l'action *judicati*. C'est ce que décide

un texte d'Ulpien, où ce jurisconsulte supposant que le procès s'est engagé entre deux *procuratores*, examine successivement la question à deux points de vue : 1° au point de vue du demandeur ; 2° au point du défendeur. Il a soin de nous faire remarquer que l'action *ex stipulatu* sera donnée comme action utile au *dominus* ou lui sera refusée, selon qu'il aura ou n'aura pas l'action *judicati* (D. L. 28, de *procuratoribus*, III, 3. — Voir aussi D., L. 79, De *verborum obligationibus*, XLV, 1.)

Nous avons vu que c'était le nom du *procurator*, qui devait figurer dans la *condemnatio*, si donc la *condemnatio* était prononcée non contre lui mais contre le *dominus*, elle n'aurait aucun effet, car on ne peut condamner que les parties en cause. Il s'élevait alors une difficulté au sujet des actions divisoires. Ce sont les actions *familie erciscundæ*, *communi dividundo*, et *finium regundorum* : nous savons que dans ces actions la formule contient un *adjudicatio*, dans laquelle le juge attribue à chaque plaideur la part de propriété qu'il juge convenable ; l'emploi d'un *procurator* était-il possible ? En principe, non ; car l'*adjudicatio* ne peut se référer qu'aux parties en cause, et en outre, elle n'est valable que si toutes les parties sont propriétaires ; dans le cas contraire, elle ne peut pas transférer la propriété : c'est ce que nous voyons au *Digeste* dans un texte de Marcellus où il est dit que l'*adjudicatio* portant sur des biens dont les parties n'étaient pas propriétaires, ne peut servir de base à la possession de long temps. D., L. 17, de *usurpationibus et usucapionibus*, XLI, 3.) *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, iudicio communi*

dividundo accepto, adjudicatione possidere caperim, longo tempore capere possum. On aboutissait ainsi à des impossibilités d'aliéner qui pouvaient apporter une grande entrave aux relations : lorsque, par exemple, un des copropriétaires devait s'absenter pour longtemps, les autres copropriétaires devaient forcément rester dans l'indivision. Le prêteur vint apporter un tempérament à la rigueur de ce principe, et il permit de se substituer au *procurator* dans les actions divisoires ; mais dans ce cas, par suite de cette circonstance que dans ces actions chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse, le *procurator* devait fournir à la fois la caution *de rato* comme demandeur et la caution *judicatum solvi* comme défendeur : c'est ce que nous dit Ulpien au *Digeste* : *Qui ad communi dividundo judicium datus est, ad agendum item et ad defendendum videbitur datus, duplici cautela interponenda* (D., L. 15, *de procuratoribus et defensoribus*, III, 3.) Une fois ce point admis, qu'un *procurator* peut figurer dans une action divisoire, au profit de qui l'*adjudicatio* sera-t-elle prononcée ? Sera-ce au profit du *dominus*, qui n'a pas été partie au procès, ou au profit du *procurator*, qui n'est pas propriétaire ? Nous croyons que ce sera au profit du *procurator*. En effet, dans les actions divisoires, la *condemnatio* est en corrélation étroite avec l'*adjudicatio*, elle sert à rétablir l'égalité entre les parties, égalité qu'il est souvent impossible d'obtenir en faisant le partage en nature : on y remédie en condamnant à une soulte celui qui a obtenu une part plus forte que les autres : *Et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem*

coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. (Inst. de Justinien, IV, XVII, 4.)

L'*adjudicatio* ne peut donc pas être séparée de la *condemnatio* ; or nous avons vu que la *condemnatio* était prononcée pour ou contre le *procurator* ; nous devons en tirer la conclusion que l'*adjudicatio* sera de même prononcée pour ou contre lui. On répond, il est vrai, à cette argumentation que même en prononçant l'*adjudicatio* au profit du *dominus*, elle ne sera pas séparée de la condamnation, par suite de l'action utile qui est accordée par le prêteur et qui fait reporter la condamnation sur le *dominus* : mais il n'en est pas moins vrai qu'elles seraient séparées au moment de la sentence et que d'ailleurs, il faudrait toujours supposer un *procurator præsens* pour avoir l'action utile. Du reste nous avons au Digeste une loi de Paul qui suppose bien que l'*adjudicatio* doit être prononcée au profit du *procurator*.

Voici en effet ce que dit cette loi : *Si plures heredes sint, et familiæ erciscundæ aut communi dividundo agatur, pluribus eundem procuratorem non est permitendum dare, quoniam res expediri non potest citra adjudicationes et condemnationes.* (D., L. 42, de *procuratoribus et defensoribus*, III, 3.) Ainsi lorsqu'on intente une action divisoire, le même propriétaire ne peut pas ester en justice au lieu et place de plusieurs copropriétaires, parce que le but de l'action, nous dit Paul, ne serait pas rempli dans les *adjudicationes*.

C'est qu'en effet les adjudications étant prononcées au profit du *procurator*, il y aurait encore indivision entre tous ceux qui auraient été représentés par le même individu.

Nous avons encore une question à élucider. Quel sera l'effet de l'adjudication prononcée ainsi dans une action divisoire où a figuré un *procurator* ? Le juge a bien pu désinvestir de la propriété les copropriétaires plaidant par eux-mêmes pour la transférer au *procurator*, mais il n'a pas pu en faire autant pour ceux qui ne figuraient pas en personne au procès : or le *procurator* n'était pas propriétaire ; les colicitants n'ont donc pas pu de leur côté recevoir la propriété, et il n'y avait pas alors égalité de situation. Nous pensons que, pour remédier à cet inconvénient, le prêteur ne transférerait à tous que la propriété honoraire. (M. Labbé, *Cours de Pandectes*, 1881-1882.) Mais dans ce cas, n'ayant pas la propriété quiritaire, les propriétaires ne pourront pas user de la revendication ; d'un autre côté, l'action publicienne ne pourra pas la plupart du temps leur servir, puisqu'il faut avoir eu la possession ; nous pensons que le prêteur leur donnait une *vindicatio utilis*.

Tutor et Curator

Nous traiterons dans ce paragraphe à la fois des tuteurs et des curateurs, car nous aurons à leur appliquer les mêmes dispositions : nous n'avons qu'une réserve à faire, c'est au point de vue de l'*auctoritas* du tuteur et du *consensus curatoris*. Le tuteur devait donner son *auctoritas*, qui implique la présence *in ipso negotio*, elle s'applique à la personne même de l'incapable dont elle vient compléter la personne juridique ; le *consensus* au contraire pouvait se donner par lettres ou par intermédiaires et pouvait intervenir même après l'acte : il

équivalait à une ratification. Sous cette réserve, nous pouvons appliquer au curateur tout ce que nous dirons du tuteur.

Le tuteur pouvait ou agir par lui-même en représentant le pupille, ou donner à ce dernier son *auctoritas* et le faire agir en personne : il y avait même des cas où il devait nécessairement agir par lui-même, c'est lorsque le pupille était *infans* ou absent ; de même le curateur devait agir par lui-même lorsque le mineur était absent. Ulpien, au *Digeste*, nous explique ce choix : *Sufficit tutoribus, ad plenam defensionem, sive ipsi suscipiant judicium, sive pupillus ipsis auctoribus.... Licentia erit utrum malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur.* (D., L. 1, de *administratione et periculo tutorum*, §§ 2, 3, 4, XXVI, 7). Nous n'avons pas à nous occuper du cas où le tuteur faisait agir le pupille en personne, c'était ce dernier qui figurait au procès, il n'y avait pas matière à représentation ; mais nous devons nous arrêter sur l'hypothèse où le tuteur laissant de côté le pupille, agissait seul en sa qualité d'administrateur. Le tuteur était alors assimilé au *procurator* : il devait donc fournir la caution *de rato* comme tout *procurator* du demandeur et la caution *judicatum solvi* comme les *procuratores* du défendeur. *Tutores et curatores, eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt.* (Gaius, IV, 99. — *Inst. de Justinien*, IV, XI). On supposait donc dans le principe que la chose jugée avec le tuteur ne liait pas le pupille, et que ce dernier aurait pu recommencer le procès. Mais nous trouvons ici, de même que dans la *procu-*

ratio, un moyen indirect de l'en empêcher. Car le tuteur poursuivi par l'adversaire en vertu de la caution *de rato*, avait l'action *tutelæ contraria* pour se retourner contre son pupille et se faire indemniser des condamnations auxquelles l'exposait la reprise de l'instance. On se départit de bonne heure de cette rigueur des principes et dès le temps de Gaius, on dispensait quelquefois les tuteurs et les curateurs de l'obligation de donner caution et enfin plus tard nous voyons qu'on les dispense toujours de donner caution et que le pupille est lié par l'autorité de la chose jugée avec le tuteur. C'est ce que nous dit Ulpien : *Vulgo observatur, ne tutor caveat rem ratam dominum habiturum, quia rem in judicium deducit.* (D., L. 23, *de administratione et periculo tutorum*, XXVI, 7). De même Paul nous indique implicitement cette dispense de la satisfaction en nous disant que le tuteur déduit le droit en justice : *Tutor ad utilitatem pupilli novare et rem in judicium deducere potest.* (D. L., 22, XXVI, 7.) Quel était le résultat de cette intervention du tuteur à la place du pupille au point de vue de l'action *judicati* pouvant naître à la suite de l'instance ? Nous voyons la même progression : au début, le tuteur est considéré comme un *procurator*, l'action *judicati* est donnée pour ou contre lui, puis on arrive à donner l'action *judicati* pour ou contre le pupille, de même qu'en cas de *cognitura* : *Sive tutor condemnaverit, sive ipse condemnatus est, potius pupillo et in pupillum judicati actio datur.* (D., L. 2, *de administratione tutorum*, XXVI, 7. — D., L. L 5, 6, 7, *quando ex facto tutoris*, XXVI, 9.)

Nota. — Incapacités générales

Nous avons étudié les règles qui, sous le système formulaire, étaient appliquées à la représentation en justice. Nous devons ajouter quelques mots sur la capacité d'ester en justice et parler des restrictions qui avaient été apportées à la capacité de représenter judiciairement. Ulpien, au *Digeste*, nous parle d'un édit du préteur ayant trait à notre matière (*D.*, L. 1, *de postulando*, III, 1). Selon lui, le préteur distingue dans son édit trois classes d'incapables. Ceux de la première classe ne pouvaient ester en justice ni pour autrui, ni pour eux-mêmes; c'étaient les mineurs de dix-sept ans, les sourds et les muets. La seconde classe comprenait ceux qui pouvaient plaider pour eux-mêmes, mais qui ne pouvaient pas représenter autrui en justice, même leur fils ou leur mari.

C'étaient d'abord les femmes. Ulpien attribue la cause de cet interdiction à une femme nommée Carfania, qu'il qualifie d'*improbissima*, qui tourmentait les magistrats par ses demandes; mais si les femmes ne pouvaient pas représenter en justice, elles pouvaient plaider pour leur propre compte, avec l'autorisation de leur tuteur, jusqu'à la suppression de la tutelle des femmes. Cette autorisation n'était du moins nécessaire que pour plaider dans un *legitimum judicium*. Elles purent ensuite plaider sans autorisation: de même les aveugles ne pouvaient plaider que pour eux-mêmes: mais la raison qu'on en donne est puérile: *Videlicet quod insignia magistratus videre et revereri non possit*. On ne comprend pas alors

pourquoi les aveugles pouvaient plaider pour eux-mêmes, car la raison était la même pour le leur interdire.

Enfin on rangeait encore dans cette catégorie les personnes notées d'infamie pour certaines causes particulièrement graves, par exemple ceux qui ont été condamnés pour crime capital, ou comme auteurs d'une accusation publique jugée calomnieuse, ou qui ont loué leurs services pour lutter contre les bêtes fauves. Les incapables de cette catégorie pouvaient cependant être *procuratores ad rem suam* comme toutes les personnes qui peuvent plaider pour elles-mêmes : ils pouvaient aussi plaider au nom des personnes dont il avaient la tutelle ou la curatelle. (*D.*, L. 1, § 6, *de postulando*, II, 1.)

La troisième classe de l'édit comprenait ceux qui pouvaient plaider pour eux-mêmes et représenter certaines personnes désignées au paragraphe 41 de la loi. Ces incapables étaient les infâmes non compris dans la seconde catégorie.

A ces incapables, nous pouvons en ajouter d'autres qui nous sont désignés à d'autres passages du *Digeste*. Ainsi Paul nous cite les militaires, ceux qui doivent entrer en charge, ceux qui doivent s'absenter pour le service de la république. (*D.*, L. 54, *de procuratoribus*, III, 3.) En sens inverse une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius défendait à certains magistrats de plaider par eux-mêmes.

Quid des esclaves et des fils de famille? Les esclaves n'avaient pas de personnalité civile, ils ne pouvaient pas agir pour leur propre compte : *Cum servo nulla*

actio est, nous dit Gaius (D., L. 106, *de regulis juris*, IV, 17.) *Servus in judicio interesse non potest*. (C., L. 6, *de judiciis*, III, 4.) A fortiori ne pouvaient-ils représenter personne.

Les fils de famille pouvaient ester en justice comme défendeurs, mais non comme demandeur : cela tenait à ce qu'ils acquéraient les droits pour le chef de famille et que, par conséquent, ils n'avaient rien à revendiquer. Comme cela ne tenait pas à une incapacité proprement dite, ils pouvaient plaider pour autrui aussi bien comme demandeurs que comme défendeurs : peu à peu on leur accorda une action utile et ils purent se faire représenter. C'est ce que nous dit Ulpien au *Digeste* : *Filius familias ad agendum dare procuratorem potest. Ad defendendum quoque poterit filius familias procuratorem dare*. (D., L. 8, *de procuratoribus*, III, 3.)

CHAPITRE III

PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

La procédure formulaire fut supprimée par une constitution de Dioclétien et Maximien, promulguée en 294 pour l'empire d'Orient, et en 305 pour l'empire d'Occident, et fut remplacée par la *cognitio extraordinaria*. Cette constitution (C., L. 2, de *judicibus pedaneis*, III, 3) pose le principe que les présidents de province devront juger eux-mêmes l'affaire sans la renvoyer à des juges : la constitution ne parle pas de l'Italie, mais il est probable que la même réforme fut opérée. Cependant les magistrats pouvaient renvoyer les parties devant les juges, lorsque, les procès étant trop nombreux, ils n'avaient pas le temps de trancher eux-mêmes le litige ; mais alors les juges étant les délégués du magistrat, il n'y avait plus lieu à la rédaction de la formule ; enfin il y avait des cas où le magistrat devait juger lui-même l'affaire, sans pouvoir la renvoyer sous aucun prétexte devant le juge : c'était dans toutes les affaires soumises à une *cognitio extraordinaria* sous le système formulaire : nous pouvons citer les questions d'ingénuité, l'action du *suspecti crimen*. etc. C'est cette procédure qui est en vigueur sous Justinien ; il nous reste à voir ce qu'est devenu notre principe de non-représentation.

Nous avons vu que depuis l'abolition du système des actions de la loi, le principe reçut progressivement des

adoucissements au moyen des actions utiles qui avaient été introduites par les prêteurs. La réforme avait commencé par l'institution du *cognitor*, dont la constitution avait été entourée de la plus grande publicité : puis on avait autorisé la représentation par les *procuratores*, ou plus exactement on avait permis aux *procuratores* de plaider *alieno nomine*; bientôt on avait établi la distinction entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*, et on avait étendu la *procuratio præsentis* à des cas si nombreux, qu'on peut dire que vers la fin du système formulaire, il n'y avait, pour ainsi dire, plus comme *procuratores absentis* que les *negotiorum gestores* et ceux dont le mandat ne pouvait être prouvé d'aucune façon. Il restait une innovation à introduire ; elle se fit sous Justinien : cet empereur constatant l'assimilation qui avait été faite entre le *cognitor* et le *procurator præsentis*, supprima complètement la *cognitura*, ne laissant subsister que la *procuratio præsentis*.

Le même empereur, au paragraphe 11 du livre IV, titre XIII de ses *Institutes*, constate la suppression d'une incapacité établie par l'édit du prêteur (*D., L. 1, de postulando*, III, 1). Nous voulons parler des infâmes qui ne pouvaient ni plaider *alieno nomine*, ni constituer de *procuratores* : il constate que l'exception *procuratoria* n'était pas usitée dans la pratique à leur égard, et en conséquence supprime totalement l'incapacité pour ne pas faire traîner l'affaire en longueur dans le cas où on voudrait élever une difficulté à ce sujet.

Nous voyons au sujet du *negotiorum gestor*, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Grä-

tien, qui établit une innovation : sous la procédure formulaire, le *negotiorum gestor* était assimilé au *procurator absentis*, lorsqu'il intervenait une ratification de la part du *dominus* : cette constitution semble interdire toute intervention du *negotiorum gestor* ; voici en effet ce qu'elle dit : *Licet in principio quæstionis persona debeat inquiri procuratoris an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat ; si tamen falsus procurator inveniatur, nec dici controversiæ solent, nec potest esse iudicium.* (C.L. 24, de *procuratoribus*, II, 13.) Cela supprimerait complètement le *negotiorum gestor* ; nous voyons cependant aux *Institutes* (IV, XI, § 5) qu'il est question de procès entre les tiers et une personne prenant la défense du défendeur absent. Faut-il donc en conclure que la constitution ne fut pas observée ? Nous pensons qu'il s'agit simplement aux *Institutes* du *negotiorum gestor* du défendeur, et que la constitution ne vise que le *negotiorum gestor* du demandeur. Cette distinction du reste se justifie : car si le défendeur était absent et que personne ne se présentât pour lui, son adversaire recourait à la *missio in possessionem bonorum*, qui pouvait avoir des inconvénients très graves pour l'absent, et on comprend très bien que l'on ait cherché à éviter autant que possible l'application de cette mesure rigoureuse en permettant à un *negotiorum gestor* d'intervenir, tandis que la même considération n'existe pas au point de vue du demandeur.

Qu'étaient devenues nos cautions *de rato* et *iudicatum solvi* sous cette procédure ? Quant à la caution *de rato*, elle n'est fournie que par les *procuratores* dont le mandat n'a été ni insinué *apud acta*, ni confirmé *in ju-*

dicio par le mandant lui-même. (*Inst.* de Justinien, IV, XI, § 3.)

Pour la caution *judicatum solvi*, nous devons distinguer trois hypothèses (*Inst.*, §§ 2, 4, 5).

1° Le défendeur plaide lui-même, *proprio nomine* ; il n'a plus à fournir la caution *judicatum solvi* pour l'exécution du jugement, que ce soit une action réelle ou une action personnelle, mais il doit s'engager à rester dans l'instance jusqu'à la sentence, et la forme de cet engagement dépend de la qualité des personnes, et est soit un serment, soit une simple promesse, soit une promessé avec satisfaction. Nous voyons au *Code* que le serment était la forme employée pour les personnes illustres : *Juratoria ab his cautione tantummodo exponenda*, (*C.*, L. 17, *de dignitatibus*, XII, 1.)

2° Le défendeur ne plaide pas *proprio nomine*, mais il est présent et se fait remplacer par un *procurator* ; il doit fournir lui-même la caution *judicatum solvi*, qu'il peut donner soit devant le magistrat, soit extra-judiciairement. Mais cette caution diffère de la caution *judicatum solvi* telle que nous l'avons exposée plus haut : ce n'est pas une promesse principale garantie par des fidéjusseurs, c'est une promesse par laquelle le *dominus* se porte fidéjuteur pour le *procurator*. Le *dominus* doit en outre constituer hypothèque sur tous ses biens et promettre de venir entendre la sentence : cette dernière promesse est une véritable promesse principale, garantie par des fidéjusseurs.

3° Enfin si le *dominus* est absent, et qu'un tiers veuille défendre à sa place, ce dernier devra fournir la caution *judicatum solvi*, comme autrefois.

CHAPITRE IV

DE LA PROCURATIO IN REM SUAM

Les représentants dont nous venons de parler sont des mandataires et doivent rendre compte de l'exécution de leur mandat. Le droit romain connaissait aussi des *procuratores* (ou *cognitores*) qui étaient dispensés de cette obligation : on les appelait *procuratores in rem suam*. Nous n'en dirons que quelques mots, car ce n'étaient pas à proprement parler des représentants judiciaires. Cette *procuratio* peut s'expliquer dans plusieurs hypothèses : ainsi nous la voyons dans le mandat donné par le fidéjusseur au débiteur principal. (*D. L.*, 42, § 2, *de procuratoribus*, III, 3.) Cette *procuratio in rem suam* ne se rencontrait pas dans les actions de la loi, où le mandat *ad litem* était inconnu. La principale application est dans la cession de créances.

Les Romains n'admettaient pas qu'ont pût céder une créance : pour eux, le droit de créance consistant en une relation entre deux personnes déterminées ne saurait changer de titulaire sans cesser d'exister.

Il est vrai qu'on pouvait recourir à une délégation, mais ce procédé ne pouvait s'appliquer qu'avec le consentement du débiteur cédé : *Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante promittente debitore, jure perfici non potest* (*C.*, L. 1., *de novationibus*, VIII, 42.) (1). On avait

(1) Quelques auteurs contestent que la cession de créances ait

alors recours à un moyen indirect : le créancier voulant céder sa créance donnait au cessionnaire mandat d'agir à sa place ; il lui abandonnait l'exercice de son action, avec dispense de rendre compte. On ne s'explique pas au premier abord comment ce mode de cession put être admis en pratique ; car il est étrange que pour céder une créance, on dût en faire poursuivre le recouvrement en justice ; c'est que de la *litis contestatio*, qui n'était primitivement qu'un acte de procédure, on avait fait un acte équivalent à une novation, novation forcée il est vrai ; et il est probable que, cette novation une fois accomplie par la *litis contestatio*, les parties arrêtaient quelquefois à la procédure. Lorsqu'il y a *procuratio in rem suam*, le cédant ne peut plus exercer l'action cédée, il ne peut plus agir contre le débiteur, ni recevoir un paiement de lui, sans s'exposer à des dommages-intérêts envers le cessionnaire ; c'est ce que nous voyons au *Digeste* dans une loi d'Hermogénien : *Nominis venditor, quidquid vel compensatione vel exactione consecutus fuerit, integrum emptori restituere compellitur.* (*D.*, L. 23, § 1, *de hereditate vel actione vendita* XVIII, 4.) Il doit de même mettre à la disposition du cessionnaire tous les moyens de poursuite qu'il a tant contre le débiteur principal que contre les fidéjusseurs. Mais au fond, ce n'est pas une véritable cession de créance ; c'est un mandat *ad litem*, nous devons suivre toutes les règles que nous avons précédemment indiquées à propos de la *procuratio*. Et tout d'abord

été interdite à Rome ; ils disent que ce qui manquait seulement, c'étaient les modes de cession, et qu'alors on y arrivait par le moyen détourné de la *procuratio in rem suam*.

il faut être capable de plaider pour autrui pour pouvoir être cessionnaire, de même que le cédant doit pouvoir donner mandat *ad litem*; nous retombons alors dans les incapacités générales dont nous avons parlé au commencement de cette étude. Nous devons cependant faire observer que certaines personnes pouvaient être *procuratores in rem suam* bien que ne pouvant être *procuratores* d'une façon générale. Ainsi nous voyons aux *Sentences de Paul* que les femmes jouissaient de cette exception (*Sent. Paul*, I. II, 2). De même les militaires : *Excepto et, qui in rem suam procurator datus est.* (*D.... L. 8, de procuratoribus*, III, 3.)

Dans le dernier état du droit, nous avons vu que les infâmes avaient été relevés par Justinien de leur incapacité. On peut dire d'une façon générale que ceux-là pouvaient recevoir un mandat *in rem suam*, qui pouvaient ester pour eux-mêmes en justice.

Une seconde conséquence à tirer du principe que la *procuratio in rem suam* n'est qu'un mandat *ad litem*, c'est que tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, le *dominus* peut révoquer le mandat qu'il a donné, il peut donc poursuivre le débiteur, faire acceptilation, sauf le recours du cessionnaire dont nous avons parlé plus haut. Vis-à-vis du cédant, le débiteur reste ce qu'il était auparavant : il peut donc payer valablement entre ses mains et sera libéré par le paiement qu'il lui aura fait ; de même qu'il ne pourra pas opposer au cédant la cession qui aura été faite. Enfin le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il acquiert contre le cédant, même depuis la cession, c'est-à-dire depuis la

constitution de la *procuratio*. Si donc il survient entre le débiteur et le cédant une cause d'extinction de la dette, la compensation par exemple, on pourra l'opposer au *procurator in rem suam*. En outre, comme toute *procuratio*, la *procuratio in rem suam* s'éteint tant par la mort du cédant que par celle du cessionnaire.

Mais après la *litis contestatio*, le *procurator* est devenu *dominus litis*, et par suite de la novation qui s'est opérée, le débiteur n'est plus tenu que vis-à-vis du cessionnaire.

Cette théorie de la *procuratio in rem suam* considérée comme un simple mandat *ad litem* pouvait avoir, on le voit, de graves inconvénients pour le cessionnaire, en le laissant exposé à la mauvaise foi du cédant. Aussi y voyons-nous apparaître des changements qui se manifestent à mesure que les Romains se font une idée plus large des relations juridiques : on garda l'idée de la *procuratio*, mais on donna au *procurator* des actions utiles ; c'est ce que nous dit Ulpien au *Digeste* : ... *Plane si dicat, in rem suam se procuratorem datum, et hoc probaverit, non debet carere propria lite.* (D., L. 25, *in fine*, de *procuratoribus*, III, 3.) Et au même titre : *Procuratore in rem suam dato, præferendus non est dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam : qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.* (D., L. 55, III, 3.) Le prêteur refusait donc l'action au cédant, il la lui enlevait pour la reporter *utilitatis causa* sur le cessionnaire. Cela ne suffisait pas pour protéger complètement le cessionnaire, puisque le débiteur pouvait encore payer entre

les mains du cédant et qu'il pouvait conclure avec lui des conventions tendant à éteindre la dette, en admettant qu'il n'y eût pas dol, mais il était très difficile de prouver la mauvaise foi : en outre, même en supposant qu'il fût instruit de la cession, il pouvait toujours opposer les exceptions qui lui étaient acquises sans son fait contre le cédant, par exemple l'exception de compensation.

On permit alors au cessionnaire de notifier la cession au débiteur, et cette notification entraîna le même effet obligatoire que la *litis contestatio* ; le cessionnaire prenait la place du créancier.

La mention la plus ancienne que nous trouvons de cette notification se trouve dans une constitution de l'empereur Alexandre Sévère, insérée au *Code*. (*C. L. 4, quæ res pignori obligari possunt*, VIII, 17.) Ce n'est pas l'hypothèse d'une cession de créances, mais d'une remise en gage d'une créance, qui peut être opposée au débiteur par une simple notification. Mais nous avons la même décision pour les cessions de créances dans une constitution de l'empereur Gordien. (*C. L. 3, de novationibus*, VIII, 42.)

Malgré cette notification, les droits du cessionnaire restent les mêmes que ceux du cédant, il pourra donc exercer toutes les actions qui étaient attachées à la créance, notamment contre les fidéjusseurs, de même qu'on pourra lui opposer les exceptions nées du chef du cédant avant la notification faite au débiteur.

DROIT FRANÇAIS

DE L'EFFET RELATIF DE LA CHOSE JUGÉE

PRÉLIMINAIRES

Le Code civil range l'autorité de la chose jugée au nombre des présomptions légales (1350). Avant d'entreprendre l'étude de notre matière, il nous paraît utile de dire quelques mots des présomptions en général. Aux termes de l'art. 1349, les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Cette définition se rapproche de celle donnée par Pothier (t. II, p. 452) : « La présomption est un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose par une conséquence tirée d'une autre chose. La présomption diffère de la preuve proprement dite en ce que celle-ci fait foi directement et par elle-même d'une chose. »

Nous devons donc faire une distinction entre les présomptions légales et les présomptions de l'homme. Nous n'avons pas à nous occuper de ces dernières qui sont abandonnées aux lumières des magistrats et qu'il ne doit

admettre qu'autant qu'elles sont graves, précises et concordantes et dans les cas seulement où la preuve testimoniale est autorisée par la loi (1353).

« La présomption légale, dit l'art. 1350, est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; » puis, si nous passons à l'art. 1352, nous trouvons indiquée la force probante de ces présomptions légales : elles dispensent de toute preuve celui au profit de qui elles existent. Mais nous ne voulons pas dire par là que celui qui les invoque ne doive rien prouver. Ainsi aux termes de l'art. 911, toute disposition au profit d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Si donc nous supposons une donation faite au fils d'un médecin par un malade pendant sa dernière maladie (art. 909), l'héritier qui voudra faire tomber la donation, invoquera la présomption de l'art. 911, cela le dispensera de l'obligation de prouver que le fils du médecin était réellement personne interposée, mais il pourra être tenu de prouver que la donation a été réellement faite.

Mais si celui qui invoque la présomption légale est dispensé de toute preuve, peut-on dire en sens inverse que la preuve contraire est toujours admise ? Ce ne serait qu'une application du droit commun. Notre art. 1352 répond à la question : « Nulle preuve, dit-il, n'est admise contre la présomption de la loi lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la

preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire.

Notre article établit donc deux sortes de présomptions légales : les unes peuvent être combattues par la preuve contraire ; elles sont dites alors simples ou *juris tantum* ; les autres n'admettent aucune preuve contraire et sont dites absolues, *juris et de jure*. La loi indiquant certains cas de présomptions de la seconde catégorie, il faut donc dire que, en principe, les présomptions légales admettent la preuve contraire. Quelles sont donc les présomptions *juris et de jure* ?

Ce sont : 1° « Celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes. » Cette disposition semble contraire à l'équité. Pourquoi, lorsque la loi annule un acte comme entaché de fraude, ne pas permettre de prouver que, en réalité, la fraude n'existe pas, et, par conséquent, pourquoi punir des personnes qui n'ont commis aucune faute ? M. Portalis en donne la raison dans le discours qu'il prononça le 23 frimaire an X (14 décembre 1801) à la tribune du Corps législatif :

« La dernière objection à l'article dont il s'agit est appuyée sur ce que toute présomption doit céder à la vérité et que, conséquemment, on doit toujours être admis à prouver qu'un acte n'est pas frauduleux ; mais point de méprise : sans doute la vérité prouvée fait cesser toute présomption contraire, quand le litige consiste à savoir si une chose est prouvée, ou si elle ne l'est pas : mais quand la loi, par une considération d'ordre public, prohibe ou annule certains actes comme suspects de fraude, il existe alors ce que les juriscen-

« sultes appellent un dol réel, *dolum reipsa*, qui est
« constaté par la disposition de la loi elle-même et qui
« termine tout litige. »

2° « Celles sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice, » c'est dire lorsque la loi donne au défendeur une exception péremptoire contre la demande. Tel est le cas de l'art. 1282. La remise du titre original sous signatures privées faite par le créancier au débiteur fait preuve de la libération.

La présomption tirée de la chose jugée est rangée parmi les présomptions *juris et de jure*, c'est-à-dire par suite que la preuve contraire n'est pas admise. Lorsque le bien fondé de la sentence est mis en doute, lorsque le jugement est reconnu erroné, il semblerait naturel de le soumettre à un nouvel examen, et de réparer l'injustice en reconnaissant l'erreur et en sanctionnant le véritable droit.

Mais avec cette manière de procéder, les contestations se perpétueraient, les procès seraient sans fin, et la conséquence de cet état de choses serait une grande incertitude dans les droits, dans la propriété, qui entraverait les transactions civiles. L'autorité qui s'attache à la chose jugée est donc basée sur des considérations d'intérêt public de l'ordre le plus élevé. C'est ainsi que Cicéron, dans un de ses plaidoyers, disait : *Status enim reipublicæ maxime judicatis rebus continetur*. (Cicéron, *Pro Sulla*, n° 22) : « L'autorité de la chose jugée est un des plus fermes soutiens de la république. »

Nous voyons en effet que c'est du droit romain que nous est venue cette idée de l'autorité de la chose jugée.

Chez les Romains, le principe est d'abord celui de la consommation de l'action, ce n'est que plus tard qu'ils arrivent à s'apercevoir que l'irrévocabilité de la sentence est le principe essentiel. Nous trouvons alors la règle exprimée très clairement par tous les jurisconsultes. C'est ainsi qu'Ulpien au *Digeste* nous dit : *Julianus respondit exceptionem rei judicatæ ob stare, quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur.* (D., L. 3, XLIV, II, de *exceptione rei judicatæ*). Et ce qu'il rapporte comme étant l'opinion de Julien, il nous le dit lui-même en ajoutant que c'est l'opinion commune. (D., L. 7, § 4, XLIV, II.)

Le même jurisconsulte nous donne la même règle en termes énergiques quand il nous dit : *Res judicata pro veritate habetur.* (D., L. 207, L, XVII, de *regulis juris.*) C'est encore au *Digeste* que nous trouvons les éléments nécessaires pour qu'on puisse opposer la chose jugée dans deux lois de Paul et une d'Ulpien.

Cum quæritur hæc exceptio noceat, necne, inspiciendum est, an idem corpus sit. (D., L. 12, XLIV, II, Paul,) *Quantitas eadem, idem jus.* (D., L. 13, Ulpien). *Et an eadem causa petendi, eadem conditio personarum.* (D., L. 14, XLIV, II, Paul.)

Bien plus, le même jurisconsulte Paul, dans ce même titre : *De exceptione rei judicatæ*, nous donne la raison de cette institution, qu'il nous présente comme basée sur une considération d'intérêt public.

Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit ; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inex-

plicabilen faciat difficultatem; maxime si diversa pronuntiarentur, parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est. (D., L. 6, XLIV, II.)

Si nous passons à l'étude de notre ancien droit, nous ne voyons pas que les peuples habitant la Gaule aient connu le principe de l'autorité de la chose jugée, du moins avant Charlemagne.

Mais les *Germaines* avaient une institution qui remplissait le même but, celui d'assurer l'irrévocabilité des jugements. Nous voulons parler des *securitates* que recevait celui qui avait été condamné et par lesquelles la partie qui avait obtenu satisfaction s'engageait à ne pas intenter de nouvelles poursuites.

Nous trouvons des formules de ces *securitates* dans le recueil des formules de *Lindembrog*. (Formules 123, 124, 125.)

Après le jugement qui condamnait le coupable à une certaine somme, la partie adverse s'engageait à ne pas recommencer les poursuites, et à ne pas inquiéter son adversaire, sinon elle devrait rendre la somme qu'elle avait reçue. Ce n'est donc pas le principe de l'autorité de la chose jugée, c'est plutôt une sorte d'amende, un moyen préventif contre le renouvellement du procès.

Avec Charlemagne, nous voyons l'idée se modifier et le principe romain apparaître. C'est ainsi qu'au *Capitulare VII* de l'année 803 (Balizius, t. I, p. 404), nous trouvons édictée cette règle, qui se rapproche bien de la règle romaine : *Ut nullus contra rectum judicium audeat judicare quicquam.*

Le même principe est exprimé en des termes différents dans le *Capitularium Caroli magni* et *Ludovici pii* :

Flagitari iudicium non debet de causa quæ diffinita vel iudicata est. (Lib. VII, cap. CCCCL, *De causis definitis minime recommovendis.*)

Nos anciens légistes se livraient à l'étude du droit romain; aussi trouvons-nous souvent des passages rappelant les décisions du *Digeste*, c'est ce qui a lieu pour notre matière. Il nous suffira de citer quelques textes,

Dans Beaumanoir, par exemple, nous trouvons les passages suivants : «..... Mais ce qui est en doute, et
« les grosses quereles doivent bien être mises en juge-
« ment, ne il ne convient pas c'on mete en jugement le
« cas qui a austrefois esté jugiés, tout soit ce que le ju-
« gement ait esté fes por autre persones, car on ne doit
« pas fere deus jugemens d'un meisme cas. » (Beauma-
noir, édition Beugnot, t. I, p. 34.)

« Plusors resons sunt a celi qui est apelés, desqueles,
« s'il en pot l'une metre en voir, il n'y a point d'apel...
«...La quartereson, si est ce cil qui est apelés a esté autre-
« fois apelé por cil propre cas, et s'en parti de cort par ju-
« gement, car autrement ne penroient james li apel fin,
« se cil du lignage pooient apeler l'un après l'autre d'un
« meisme fet, puisque li apelés seroient délivrés par ju-
« gement du premier apel. » (Beaumanoir, édition Beu-
gnot, t. II, p. 417).

De même dans la *Somme rurale* :

« Item dois scavoir que la chose passée en force de
« chose jugée, par sentence deüement proférée, ne peut

« jamais être rescindée, mais doit sortir plein effet
« puisque appelé n'en serait. » (*Somme rurale*, p. 767.)

Le *Grand coutumier* de Charles VI exprime la même idée quand il range l'exception de la chose jugée parmi les exceptions péremptoires: « Sous celles de droit (exceptions péremptoires) je comprends les fins de non-recevoir, comme de chose jugée, transaction, quittance, « péremption d'instance. » (*Grand coutumier*, liv. III, chap. IX, p. 348.)

Nous pouvons donc dire que le principe de l'autorité de la chose jugée, reconnu d'abord par les Romains, nous est parvenu et a été admis sans aucune difficulté, puisque nous voyons tous les légistes de notre ancien droit en parler sans faire de réserves, et cette unanimité se comprend, étant donné le grand intérêt qu'il y a à l'admettre pour éviter le renouvellement perpétuel des procès. Il nous reste maintenant à examiner l'état actuel de la législation, spécialement en ce qui concerne l'effet relatif de la chose jugée : cependant nous verrons d'abord sommairement quels sont les jugements pouvant produire la chose jugée, quels sont les effets généraux de la chose jugée en matière civile, et quels éléments on doit rencontrer pour qu'il y ait chose jugée, en réservant l'étude de l'élément relatif à l'identité des parties qui se confond avec le sujet que nous avons à développer.

CHAPITRE I

DES JUGEMENTS POUVANT PRODUIRE LA CHOSE JUGÉE.

L'ordonnance de 1667 (1) indiquait quels étaient les cas où les jugements devaient passer en force de chose jugée :

« Les sentences et jugements qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est plus recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel en ait été déclaré pəri. »

Nous pouvons poser aujourd'hui les mêmes règles, quoique nous n'en trouvions pas trace dans le Code, l'article 1351 suppose l'existence d'un jugement ayant autorité de chose jugée, pour déterminer l'étendue de cette autorité, mais le législateur a omis de préciser dans quels cas un jugement passait en force de chose jugée.

Il importe de poser dès le commencement de cette étude une règle qui doit dominer toute la matière. L'autorité de la chose jugée ne peut résulter que des jugements rendus en matière contentieuse et non des actes de juridiction gracieuse, qui ne sont pas de véritables jugements, mais des contrats revêtus de formes judiciaires. Nous ne pourrions donc pas ranger parmi les jugements ayant cette autorité ceux rendus sur les

(1) Titre XXVII, art. 5. (Art. 6 du titre XXX du projet.)

demandes à fin d'adoption en vertu de l'article 357 du Code civil : nous ne trouvons pas là en effet trace de contestation entre les parties (1). Nous en dirons autant d'un jugement ordonnant l'envoi en possession des biens d'un absent (2), etc.

Nous supposons donc un jugement rendu en matière contentieuse.

Si nous envisageons les jugements en général, nous voyons qu'ils se distinguent en espèces assez nombreuses, selon le point de vue sous lequel on les considère. Il est d'abord une division qu'il nous suffit de mentionner sans entrer dans de plus amples détails ; c'est la distinction entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut : car il importe peu pour la question de l'autorité de la chose jugée qu'un jugement soit contradictoire ou par défaut. Dès que les délais d'appel ou d'opposition sont expirés, ces jugements ont l'autorité de la chose jugée.

Mais il est une division sur laquelle nous devons nous arrêter : nous voulons parler de la division en jugements définitifs et en jugements avant faire droit ; ces derniers se subdivisant eux-mêmes en jugements préparatoires, provisoires et interlocutoires.

Les jugements définitifs sont ceux qui statuent sur la contestation de manière à la vider entièrement. De ces jugements, nous n'avons rien à dire en ce moment ; ils ont incontestablement l'autorité de la chose jugée, quant à

(1) Cassation, 13 mai 1868.

(2) Cour de Colmar, 18 janvier 1850

l'étendue de cette autorité, c'est un point que nous étudierons dans notre chapitre II.

Reste la subdivision des jugements avant faire droit, qui, nous l'avons dit, comprend les jugements préparatoires, provisoires et interlocutoires.

Les jugements préparatoires sont ceux par lesquels le tribunal ordonne certaines mesures pour faciliter l'instruction de l'affaire, sans que ces mesures préjugent en rien la décision qui sera prise. Tel serait un jugement qui ordonnerait une communication de pièces entre parties.

On appelle jugements provisoires ceux par lesquels le tribunal décide certaines questions urgentes, lorsque, par exemple, dans une instance en séparation de corps, le tribunal accorde à la femme une pension alimentaire pour subvenir à ses besoins pendant le procès.

Enfin sous le nom de jugements interlocutoires, on range ceux par lesquels le tribunal ordonne une instruction, qui sans faire connaître la décision à venir, la préjuge cependant. Tel serait le cas d'un jugement qui, dans une instance en séparation de corps, permettrait à un époux de faire la preuve des injures graves qui, ont été alléguées. Car par là le tribunal reconnaît que si les faits sont prouvés, ils seront assez graves pour autoriser la séparation.

Ces jugements ont-ils l'autorité de la chose jugée? Nous avons dit, dès le début, que le principe de l'autorité de la chose jugée nous venait du droit romain.

Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit (1).

Ce principe va nous servir pour résoudre la question. Il faut que le jugement ait statué définitivement soit sur le litige, soit sur certains points du litige, débattus entre les parties, de manière à les vider définitivement.

Quant aux jugements préparatoires, il est bien certain qu'il ne peut pas être question pour eux de l'autorité de la chose jugée, ils ne sont pas susceptibles de l'acquiescer ; ils se bornent en effet à ordonner quelques éclaircissements pour le juge ; on ne peut donc pas dire qu'ils statuent définitivement sur certains points du litige débattus entre les parties ; ils ne peuvent acquiescer cette autorité qu'avec le jugement définitif ; car en vertu de l'art. 451 du Code de procédure, l'appel n'en est recevable qu'avec l'appel de ce jugement définitif, et les délais ne courent qu'après la signification de ce dernier.

Si nous passons aux jugements provisoires nous nous trouvons en présence de deux avis opposés. Les uns prétendent que le jugement provisoire a l'autorité de la chose jugée, « car, disent-ils, il a cette autorité *positis* « *ponendis*, il décide irrévocablement que Primus doit « payer telle provision à Secundus, mais il ne statue ni « n'a voulu statuer sur le point de savoir si Primus « sera reconnu en définitive débiteur de son adversaire » (2).

Les autres, et c'est l'opinion que nous admettons, refusent l'autorité de la chose jugée. Et en effet, nous avons

(1) D. L., 1, XLII, 1, *de re judicata*, Modestin.

(2) Bonnier, t. II, n° 862.

admis que l'autorité de la chose jugée n'appartient qu'aux déclarations définitives sur les droits des parties : or, ici, la décision est provisoire, elle peut être débattue et rétractée à la fin du procès ; le jugement ne met pas fin à la contestation, puisque l'instruction subséquente peut apprendre que la somme n'est pas due et faire condamner celui qui l'a reçue.

Enfin les jugements interlocutoires peuvent-ils avoir l'autorité de la chose jugée ? Nous avons dit que ces jugements ordonnent une mesure d'instruction. Par conséquent, en appliquant notre principe, comme ils ne statuent pas définitivement sur les droits contestés, nous ne pouvons pas leur reconnaître cette autorité, en ce sens qu'il ne lie pas le juge, et que ce dernier peut rendre une décision contraire à celle que préjugait l'interlocutoire. Mais le juge ne pourrait pas révoquer l'ordre qu'il avait donné ; si par exemple, il avait ordonné une vérification, une enquête, il devrait procéder à cette enquête, dans le cas où la partie n'en aurait pas appelé dans les délais, car ces jugements sont susceptibles d'appel avant le jugement définitif (1). En ce sens on pourrait dire que les jugements interlocutoires acquièrent l'autorité de la chose jugée. Mais le juge reprend ensuite sa liberté d'appréciation, et peut statuer dans le sens opposé à celui qu'indique l'enquête.

Il y a enfin une catégorie de jugements sur laquelle nous devons nous prononcer. Un jugement d'*expédient* a-t-il l'autorité de la chose jugée ? Il y a un jugement d'*expédient* quand les parties, après avoir transigé, sou-

(1) Art. 451, C. de pr.

mettent au tribunal, par le ministère des avoués, leur contrat tout rédigé, pour lui donner la forme d'une décision judiciaire. Le ministère public examine ce contrat et le tribunal peut l'adopter. Nous pensons que le tribunal, en l'adoptant, transforme ce contrat en un jugement véritable. Cette opinion était déjà admise dans l'ancien droit.

« Les sentences passées en expédient ne diffèrent en rien de celles rendues à l'audience ; elles ont la même force et la même autorité » (1).

Nous leur reconnaitrons donc l'autorité de la chose jugée ; il y a là, en effet, une décision définitive sur un litige, sur des droits contestés entre les parties.

Nous avons maintenant à nous occuper de certains actes qui, sans être de véritables jugements, peuvent être susceptibles d'avoir l'autorité de la chose jugée.

1° D'abord que décider des sentences rendues en matière d'arbitrage volontaire ? (La loi du 17 juillet 1856 a supprimé l'arbitrage forcé.) Ces sentences passent en force de chose jugée comme les jugements ordinaires. C'est ce que décidait la Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 1852.

2° Les ordonnances rendues en référé par les présidents des tribunaux ne peuvent pas passer en force de chose jugée, car nous devons les assimiler aux jugements provisoires : ce n'est en effet qu'un règlement provisoire établi par le président en attendant la décision à intervenir.

(1) Denisart au mot, *Expédient*.

3° Les juges-commissaires rendent des ordonnances dont certaines peuvent être considérées comme de véritables jugements et passer en force de chose jugée. Ce sont les ordonnances arrêtant la *distribution par contribution* et les ordonnances de *clôture d'ordre*.

A. — DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION. — Lorsque le prix de vente des biens d'un débiteur, après vente forcée, doit être distribué entre les créanciers chirographaires, ces derniers produisent leurs titres en les mains du juge-commissaire. Le juge dresse un état des créanciers, et lorsqu'il ne s'élève de contradiction ni de la part du saisi, ni de la part des créanciers, il rend une ordonnance arrêtant la distribution (1). (En cas de contestation, le tribunal est chargé de statuer.) Il résulte de cette ordonnance une déclaration des droits des créanciers, il y a eu jugement sur l'existence et le montant des créances, nous devons donc reconnaître l'autorité de la chose jugée. C'est ce que décidait du reste la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juillet 1842.

B. — CLOTURE D'ORDRE. — Il y a lieu à la procédure d'ordre, lorsque, des immeubles hypothéqués ayant été vendus, il faut régler les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires. Lorsque ces derniers ne sont pas d'accord, un juge est délégué pour déterminer leur rang, et, de même que dans la procédure de distribution par contribution, il rend une ordonnance de clôture d'ordre s'il n'y a pas eu de contestation (2). Là encore cette ordonnance a l'autorité de la chose jugée pour les mêmes

(1) Art. 665 C. pr.

(2) Art. 759 C. pr.

motifs. C'est une décision en matière contentieuse, le différend portant sur le rang des créanciers entre eux.

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici s'applique aux jugements rendus par les tribunaux français ; mais que se passe-t-il à l'égard des jugements rendus par les tribunaux étrangers ? Ont-ils force de chose jugée en France ? La solution de cette question dépend de la solution que nous donnerons à cette autre : Comment les jugements étrangers seront-ils rendus exécutoires en France ? Nous n'avons que deux articles qui traitent la question : ce sont les articles 546 du Code de procédure, et 2123, 4°, du Code civil. Ces articles posent le principe que les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en France, à moins qu'il n'y ait une disposition contraire dans une loi politique ou dans un traité. Dans ce dernier cas, les jugements sont exécutés en France en vertu d'une simple ordonnance d'*exequatur* rendue par le président du tribunal civil du lieu où l'exécution doit être faite. Des traités de ce genre ont été signés le 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne ; le 11 janvier 1787 entre la France et la Russie (ce traité ne s'applique qu'aux contestations relatives aux héritages des Français morts en Russie et des Russes morts en France) ; le 18 juillet 1828 entre la France et la Suisse ; le 16 avril 1846 entre la France et le grand-duché de Bade.

Mais lorsqu'il n'existe ni traité ni loi politique, ces articles décident que les jugements étrangers ne peuvent être exécutés en France que s'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. Que veulent dire ces

mots ? Quelle sera la mission du tribunal français auquel le jugement sera présenté ?

Une première opinion soutient que le tribunal doit donner l'*exequatur* sans jamais reviser le fond du procès, qu'il doit seulement vérifier l'authenticité du jugement, la sincérité de la traduction, voir si le jugement n'ordonne pas des voies d'exécution contraires à la loi française. Cette opinion nous paraît tout d'abord devoir être rejetée, car ce serait admettre que les fonctionnaires étrangers peuvent avoir quelque autorité en France, ce qui est contraire aux principes du droit des gens : chaque État n'est souverain que dans les limites de son territoire.

Deux autres opinions ont été mises en avant : l'une qui veut que le tribunal français revise toujours le fond, et l'autre qui admet la distinction suivante : si le jugement a été rendu entre étrangers ou en faveur d'un Français, il a en France force de chose jugée, il ne lui manque que la force exécutoire ; s'il a été rendu contre un Français, il n'a pas force de chose jugée, le Français est admis à faire juger de nouveau la question par un tribunal français. Ce dernier système se fonde sur l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 connue sous le nom de *Code Michaud*, du nom de son auteur Michel Marillac.

Cette ordonnance établissait la distinction dont venons de parler. Mais nous croyons qu'il vaut mieux admettre que le tribunal devra toujours reviser le fond, car cette ordonnance ne peut plus être en vigueur actuellement, elle a été abrogée. Et en effet, ou bien il s'agit d'une ques-

tion de procédure, et alors nous avons l'art. 1041 du Code de procédure qui abroge les lois anciennes ; ou bien il s'agit d'une question de droit civil, et l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII abroge les lois anciennes sur les matières du Code civil. L'ordonnance de 1629 ne peut donc plus avoir aucune force.

Ceux qui refusent au tribunal français le droit de reviser le fond du jugement objectent que dans le système que nous admettons, ce sera un jugement français qui sera exécuté et non un jugement étranger, comme le veut l'art. 2123. Mais l'article ne dit pas que les jugements étrangers emporteront toujours hypothèque, il dit simplement qu'ils emporteront hypothèque *si ils sont déclarés exécutoires* ; c'est donc que le tribunal français peut leur refuser cette force exécutoire. Et alors, ou bien le tribunal français déclarera le jugement exécutoire, et nous rentrerons dans l'article 2123, ou bien il le reformera, et alors nous ne serons pas dans le cas dont parle l'article, et ce sera le jugement français qui sera exécuté.

VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS

Les jugements peuvent être attaqués par diverses voies de recours. En première ligne, nous trouvons l'*opposition*, lorsque le jugement a été rendu par défaut, et l'*appel*, lorsqu'il a été rendu contradictoirement. L'appel a pour effet de faire perdre l'autorité de la chose jugée au jugement dès qu'il est attaqué ; jusque-là les parties ont le droit d'en poursuivre l'exécution, sauf le délai de huitaine exigé par l'article 450 du Code de procédure ;

quoiqu'elle ne soit que temporaire et conditionnelle, ce n'en est pas moins l'autorité de la chose jugée. Les jugements par défaut faute de conclure, ne peuvent être exécutés qu'après l'expiration du délai pour faire opposition, délai qui est de huit jours, date de la signification à avoué (1). Si le jugement est par défaut faute de comparaître, l'exécution n'en peut pas être non plus commencée avant l'expiration de la huitaine de la signification à parties ; mais l'opposition en est recevable jusqu'à l'exécution du jugement (2).

Les jugements peuvent être, en outre, attaqués par les voies de recours extraordinaires.

Le *pourvoi en cassation* est une voie de recours contre les jugements rendus en dernier ressort, soit pour violation de la loi, soit pour omission des formes. Il n'est permis que lorsque les jugements ne sont susceptibles ni de rétractation, ni de réformation. Au point de vue de la chose jugée, quand le pourvoi est admis par la Cour de cassation, l'arrêt est cassé, et la cause renvoyée devant d'autres juges ; l'arrêt perd donc toute son autorité.

De même, dans le cas de la *requête civile*, qui est une voie ouverte aux parties pour faire rétracter le jugement par le tribunal même qui l'a rendu. Elle n'est possible que lorsque le jugement est rendu en dernier ressort.

La *prise à partie* est une voie ouverte à une partie pour obtenir réparation du préjudice que lui cause la faute d'un juge, c'est une action en dommages-intérêts intentée contre le juge. On admet que lorsque le juge est

(1) Articles 453 et 457 C. pr.

(2) Articles 455 et 458 C. pr.

condamné, le jugement n'est pas maintenu, même lorsque la partie qui avait obtenu gain de cause n'était pas complice du dol du juge, car, dit-on, la chose jugée ne saurait avoir autorité quand elle a pour base le dol et la fraude. On a dit que pour faire tomber le jugement, il fallait le faire annuler par la Cour de cassation comme acte de forfaiture ; mais cette opinion n'est pas généralement adoptée, on admet plutôt que la partie peut attaquer le jugement inique, soit par la voie de l'appel, si le jugement est en premier ressort, soit par la requête civile, s'il est en dernier ressort.

Une dernière voie de recours contre les jugements est la *tierce opposition* ; mais elle donne lieu à quelques difficultés, quand on l'envisage au point de vue de la relativité de l'autorité de la chose jugée.

Nous n'en parlerons donc pas ici, nous réservant de l'étudier en traitant du moyen donné aux tiers pour faire valoir cette relativité.

EFFETS GÉNÉRAUX DE LA CHOSE JUGÉE EN MATIÈRE CIVILE

Les effets de la chose jugée sont tous fondés sur la présomption de vérité attachée au jugement, *Res judicata pro veritate accipitur*.

Par suite, cette présomption consacre d'une manière définitive et irrévocable la décision qui a été rendue, la déclaration qui a été faite sur les droits contestés ; et cette déclaration peut être expresse ou implicite ; elle peut résulter par voie de conséquence nécessaire d'une disposition formelle du jugement. Nous avons dit que la

décision était consacrée d'une manière irrévocable. Et, en effet, lorsque le jugement a été rendu, l'autorité de la chose jugée ne peut plus être atteinte ni par une nouvelle décision des juges revenant sur leur première déclaration, ni par une loi postérieure, alors même qu'il serait évident que ce jugement contient une violation de la loi nouvelle, car ce serait lui donner un effet rétroactif.

Mais si les juges ne peuvent pas changer leur décision, il y a deux cas où ils peuvent être saisis de l'affaire à nouveau; d'abord, pour rectifier une erreur de calcul, erreur qui ne doit pas être l'objet de jugement, sans quoi elle serait irréparable. Il faut que ce soit simplement une erreur qui se trouve dans le jugement, ce n'est en effet, qu'une erreur matérielle qui ne s'attaque pas au fond du droit. C'est, en ce sens, qu'il faut entendre l'article 541 du Code de procédure : « Il ne sera « procédé à la revision d'aucun compte, sauf aux par-
« ties, si il y a erreurs, omissions, faux ou doubles em-
« plois, à en former la demande devant les mêmes juges. »

Le second cas est l'interprétation d'une rédaction obscure ou ambiguë.

L'irrévocabilité de la chose jugée produit encore cet effet que la partie qui a succombé ne saurait faire annuler le jugement et recommencer l'instance sous le prétexte qu'elle aurait découvert de nouvelles preuves. Mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui où une partie condamnée à payer une certaine somme, rapporte les quittances qu'elle a retrouvées, en admettant, bien en-

tendu, que le jugement n'ait pas statué sur l'existence de ces quittances.

Un des grands effets de la chose jugée est encore de confirmer l'obligation en formant un nouveau titre ; d'où il suit que la prescription part du jugement et est trentenaire, alors même que la créance eût été soumise à une prescription plus courte. Pour faire valoir ce titre, les parties ont une action ou exception de chose jugée, action si c'est le demandeur qui a obtenu gain de cause ; exception, si c'est le défendeur.

Mais cette exception qui peut-être invoquée par les parties ne peut pas être suppléée d'office par le juge ; car les parties peuvent y renoncer, si elles reconnaissent que le jugement est fondé sur l'injustice ou l'erreur, et qu'elles ne veulent pas en profiter. Enfin, comme conséquence de ce que les parties peuvent y renoncer, nous en concluons qu'on ne pourrait pas proposer cette exception pour la première fois devant la Cour de cassation, parce qu'alors les premiers juges n'ont pas violé les articles 1350 et 1351 du Code civil.

2000-2001. 1st 2nd 3rd 4th 5th 6th 7th 8th 9th 10th 11th 12th 13th 14th 15th 16th 17th 18th 19th 20th 21st 22nd 23rd 24th 25th 26th 27th 28th 29th 30th 31st 32nd 33rd 34th 35th 36th 37th 38th 39th 40th 41st 42nd 43rd 44th 45th 46th 47th 48th 49th 50th 51st 52nd 53rd 54th 55th 56th 57th 58th 59th 60th 61st 62nd 63rd 64th 65th 66th 67th 68th 69th 70th 71st 72nd 73rd 74th 75th 76th 77th 78th 79th 80th 81st 82nd 83rd 84th 85th 86th 87th 88th 89th 90th 91st 92nd 93rd 94th 95th 96th 97th 98th 99th 100th 101st 102nd 103rd 104th 105th 106th 107th 108th 109th 110th 111th 112th 113th 114th 115th 116th 117th 118th 119th 120th 121st 122nd 123rd 124th 125th 126th 127th 128th 129th 130th 131st 132nd 133rd 134th 135th 136th 137th 138th 139th 140th 141st 142nd 143rd 144th 145th 146th 147th 148th 149th 150th 151st 152nd 153rd 154th 155th 156th 157th 158th 159th 160th 161st 162nd 163rd 164th 165th 166th 167th 168th 169th 170th 171st 172nd 173rd 174th 175th 176th 177th 178th 179th 180th 181st 182nd 183rd 184th 185th 186th 187th 188th 189th 190th 191st 192nd 193rd 194th 195th 196th 197th 198th 199th 200th 201st 202nd 203rd 204th 205th 206th 207th 208th 209th 210th 211th 212th 213th 214th 215th 216th 217th 218th 219th 220th 221st 222nd 223rd 224th 225th 226th 227th 228th 229th 230th 231st 232nd 233rd 234th 235th 236th 237th 238th 239th 240th 241st 242nd 243rd 244th 245th 246th 247th 248th 249th 250th 251st 252nd 253rd 254th 255th 256th 257th 258th 259th 260th 261st 262nd 263rd 264th 265th 266th 267th 268th 269th 270th 271st 272nd 273rd 274th 275th 276th 277th 278th 279th 280th 281st 282nd 283rd 284th 285th 286th 287th 288th 289th 290th 291st 292nd 293rd 294th 295th 296th 297th 298th 299th 300th 301st 302nd 303rd 304th 305th 306th 307th 308th 309th 310th 311th 312th 313th 314th 315th 316th 317th 318th 319th 320th 321st 322nd 323rd 324th 325th 326th 327th 328th 329th 330th 331st 332nd 333rd 334th 335th 336th 337th 338th 339th 340th 341st 342nd 343rd 344th 345th 346th 347th 348th 349th 350th 351st 352nd 353rd 354th 355th 356th 357th 358th 359th 360th 361st 362nd 363rd 364th 365th 366th 367th 368th 369th 370th 371st 372nd 373rd 374th 375th 376th 377th 378th 379th 380th 381st 382nd 383rd 384th 385th 386th 387th 388th 389th 390th 391st 392nd 393rd 394th 395th 396th 397th 398th 399th 400th 401st 402nd 403rd 404th 405th 406th 407th 408th 409th 410th 411th 412th 413th 414th 415th 416th 417th 418th 419th 420th 421st 422nd 423rd 424th 425th 426th 427th 428th 429th 430th 431st 432nd 433rd 434th 435th 436th 437th 438th 439th 440th 441st 442nd 443rd 444th 445th 446th 447th 448th 449th 450th 451st 452nd 453rd 454th 455th 456th 457th 458th 459th 460th 461st 462nd 463rd 464th 465th 466th 467th 468th 469th 470th 471st 472nd 473rd 474th 475th 476th 477th 478th 479th 480th 481st 482nd 483rd 484th 485th 486th 487th 488th 489th 490th 491st 492nd 493rd 494th 495th 496th 497th 498th 499th 500th 501st 502nd 503rd 504th 505th 506th 507th 508th 509th 510th 511th 512th 513th 514th 515th 516th 517th 518th 519th 520th 521st 522nd 523rd 524th 525th 526th 527th 528th 529th 530th 531st 532nd 533rd 534th 535th 536th 537th 538th 539th 540th 541st 542nd 543rd 544th 545th 546th 547th 548th 549th 550th 551st 552nd 553rd 554th 555th 556th 557th 558th 559th 560th 561st 562nd 563rd 564th 565th 566th 567th 568th 569th 570th 571st 572nd 573rd 574th 575th 576th 577th 578th 579th 580th 581st 582nd 583rd 584th 585th 586th 587th 588th 589th 590th 591st 592nd 593rd 594th 595th 596th 597th 598th 599th 600th 601st 602nd 603rd 604th 605th 606th 607th 608th 609th 610th 611th 612th 613th 614th 615th 616th 617th 618th 619th 620th 621st 622nd 623rd 624th 625th 626th 627th 628th 629th 630th 631st 632nd 633rd 634th 635th 636th 637th 638th 639th 640th 641st 642nd 643rd 644th 645th 646th 647th 648th 649th 650th 651st 652nd 653rd 654th 655th 656th 657th 658th 659th 660th 661st 662nd 663rd 664th 665th 666th 667th 668th 669th 670th 671st 672nd 673rd 674th 675th 676th 677th 678th 679th 680th 681st 682nd 683rd 684th 685th 686th 687th 688th 689th 690th 691st 692nd 693rd 694th 695th 696th 697th 698th 699th 700th 701st 702nd 703rd 704th 705th 706th 707th 708th 709th 710th 711th 712th 713th 714th 715th 716th 717th 718th 719th 720th 721st 722nd 723rd 724th 725th 726th 727th 728th 729th 730th 731st 732nd 733rd 734th 735th 736th 737th 738th 739th 740th 741st 742nd 743rd 744th 745th 746th 747th 748th 749th 750th 751st 752nd 753rd 754th 755th 756th 757th 758th 759th 760th 761st 762nd 763rd 764th 765th 766th 767th 768th 769th 770th 771st 772nd 773rd 774th 775th 776th 777th 778th 779th 780th 781st 782nd 783rd 784th 785th 786th 787th 788th 789th 790th 791st 792nd 793rd 794th 795th 796th 797th 798th 799th 800th 801st 802nd 803rd 804th 805th 806th 807th 808th 809th 810th 811th 812th 813th 814th 815th 816th 817th 818th 819th 820th 821st 822nd 823rd 824th 825th 826th 827th 828th 829th 830th 831st 832nd 833rd 834th 835th 836th 837th 838

Toda a responsabilidade de tudo isto cabe a quem
 assumiu a responsabilidade de tudo isto. E não se pode
 dizer que a responsabilidade de tudo isto é de
 quem assumiu a responsabilidade de tudo isto.

participera à la chose jugée, c'est lorsque ces motifs concourront à manifester la volonté du juge ; mais alors ce ne sera pas comme motifs, ce sera comme rapports de droit mis en cause par les parties.

L'article 1351 exige trois conditions pour qu'il ait l'autorité de la chose jugée.

Il faut : 1° Que la chose demandée soit la même :

2° Que la demande soit fondée sur la même cause ;

3° Que la demande soit entre les mêmes parties et qu'elle soit formée par elles ou contre elles en la même qualité.

Il faut donc qu'il y ait identité d'objet, identité de causes et d'identité de parties. Ce sont du reste les conditions que nous avons déjà trouvées énoncées dans les textes du droit romain que nous avons cités au commencement de cette étude.

Cum quæritur hæc exceptio noceat, necne inspiciendum est an idem corpus sit ;

Quantitas eudem, idem jus ;

Et an eadem causa petendi, eadem conditio personarum. (D., L. 12, 13, 14, XLIV, II.)

1° Identité d'objet

L'autorité de la chose jugée, nous l'avons dit, repose sur une présomption de vérité : la loi présume que la décision rendue par le juge est l'expression de la vérité, on ne peut donc l'appliquer qu'aux points contestés par les parties et sur lesquels il y a eu jugement, sur lesquels le magistrat a entendu se prononcer. Ce sont ceux qui

ont fait l'objet des conclusions des parties et dont la solution a été exprimée dans le dispositif du jugement. Il est bien entendu que nous supposons que la cause de la demande reste la même ; nous nous occuperons tout à l'heure de cette seconde condition. L'identité de l'objet pourra être matérielle ou intellectuelle. Pour l'identité matérielle, il sera facile de la reconnaître, mais il pourra s'élever des difficultés d'application du principe dans certains cas où il n'y aura qu'une identité intellectuelle.

Prenons par exemple les démembrements du droit de propriété. Si un demandeur échoue dans une action en revendication de la propriété, et qu'il demande ensuite l'usufruit (nous supposons toujours la même cause), on ne pourra pas dire à priori que ce demandeur devra succomber par application de l'article de 1351. Il succombera si il demande l'usufruit en tant que partie intégrante de la propriété, ce que les auteurs nommaient avant le Code *usufruit causal* : car il ne fera alors que reproduire la demande sous une autre forme : mais si il demande simplement l'usufruit, démembrement du droit de propriété, *l'usufruit formel*, on ne pourra pas lui opposer l'article 1351, il n'y aura pas identité d'objet.

Ceci nous amène à parler de deux règles qui ont été mises en avant pour l'application du principe de l'identité d'objet. La première se trouve au *Digeste* : *pars est in toto* (D., L. 7, XLIV, II) ;

In toto et pars continetur (D., L. 113) ; *De regulis juris* (L. XVII).

La seconde a été formulée par les auteurs :

Totum non est in parte.

On a voulu tirer de ces deux règles des conséquences absolues. Il est bien vrai que la première est exacte, et lorsqu'on aura échoué dans la demande du tout, on ne pourra pas en demander une partie. C'est ainsi que si un prétendu créancier échouait dans une poursuite en paiement d'une certaine somme, en vertu d'un titre, et que plus tard il s'avisât de réclamer une somme moindre en vertu du même titre, il se verrait repoussé par application de l'article 1351. *Pars est in toto.*

Si nous avons décidé plus haut qu'on pourrait, dans certains cas, demander l'usufruit après avoir échoué dans la revendication de la propriété, ce n'est pas par exception à cette règle. Car en réalité, l'usufruit dans l'espèce n'était pas la partie, il était un droit bien distinct et bien indépendant du droit de propriété. Nous admettrons donc la règle : *Pars est in toto* ; mais admettrons-nous la proposition inverse : *Totum in parte non est* ? Selon quelques jurisconsultes, parmi lesquels figure Toullier, celui qui, par exemple, aurait échoué dans la revendication d'un immeuble, pourrait ensuite sans violer la chose jugée, demander la totalité de cet immeuble. Mais en admettant cette décision, on admettrait une contrariété entre deux jugements, car le second jugement accorderait au demandeur la partie qui lui aurait été refusée par le premier jugement, il y aurait donc violation de la chose jugée. On a alors proposé deux autres solutions. D'après la première, on pourra demander le tout, déduction faite de la partie qui a fait l'objet de la première demande. D'après la seconde, on ne pourra même

pas demander cet excédent. Nous croyons que ces deux solutions sont trop absolues, et qu'il est impossible de décider à priori si la seconde demande devra être repoussée ; il y aura là une question d'appréciation : il faudra voir si le premier jugement statuant explicitement sur la partie, a virtuellement statué sur le tout, ou s'il n'a rien préjugé sur le tout, et on admettra alors soit la première, soit la seconde solution. Ainsi un demandeur ayant échoué dans la revendication d'une partie d'une propriété pourra ensuite demander le reste de la propriété. Mais en reprenant l'exemple que nous citons plus haut, un prétendu créancier qui aurait échoué dans sa demande de 10,000 francs en vertu d'un billet, ne pourrait pas demander plus tard 20,000 francs en vertu du même billet. Il est évident que dans ce cas, les premiers juges avaient virtuellement refusé de reconnaître la créance.

2° Identité de cause

La seconde condition exigée par l'article 1351 pour qu'il y ait lieu à l'exception de chose jugée est l'identité de cause dans la demande.

Il est essentiel de ne pas confondre la cause de la demande et l'objet de la demande. L'objet est le but que se propose le demandeur, par exemple la nullité d'une obligation ; la cause est le fait qui forme le fondement direct du droit que la partie fait valoir. Ainsi Primus prétend avoir reçu un immeuble en donation et il le revendique contre un tiers : la propriété de l'immeuble

sera l'objet de la demande, la donation sera la cause de la demande.

De même, il faut distinguer soigneusement la cause des moyens qui peuvent concourir à la constituer, des arguments, des modes de preuve dont on se sert pour la démontrer. C'est ainsi qu'un arrêt du 14 février 1839 ne permet pas, la question de fraude ayant été écartée par un premier jugement, de chercher de nouveau à prouver la fraude de l'adversaire en articulant de nouveaux faits. De même, on ne pourrait pas invoquer le prétexte qu'on a oublié de s'appuyer sur un texte de loi favorable à la demande. Pour apprécier l'identité de la cause, il faut se reporter à l'origine de la demande, aux conclusions des parties, mais ici se place une question délicate : quand la seconde demande sera-t-elle formée sur une cause nouvelle ? quand pourra-t-on dire que les causes sont différentes ? Cette question très discutée a donné naissance à trois systèmes que nous allons essayer d'exposer succinctement. Elle ne se pose d'ailleurs que pour les demandes en nullité, ce n'est que dans ce cas qu'il peut y avoir quelque difficulté.

Le premier système établit que la cause de la demande est le fait juridique qui sert de fondement direct et immédiat au droit que l'on invoque. Il distingue par suite ce qu'on pourrait appeler les *causæ remotæ* des *causæ proximæ*. Ainsi, si nous prenons comme exemple une demande en nullité de donation pour vice du consentement, la cause de la demande sera le vice du consentement en général, et on considérera comme moyens :

le dol, l'erreur, la violence. De sorte qu'après avoir attaqué inutilement la donation en prétendant avoir été victime d'un dol, on ne pourrait pas introduire une nouvelle demande en se basant sur des actes de violence auxquels on aurait été obligé de céder. De même en cas de demande en nullité pour incapacité, les moyens seraient l'interdiction, la minorité. Cette distinction des *causæ remotæ* et *proximæ* s'appuie sur une loi de Nératius où l'on voit ces mots ; *Cum de hoc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt : personæ ; id ipsum de quo agitur ; causa proxima actionis ; Nec jam interest qua ratione quis eam causam actionis competere existimas set perinde ac si quis posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causæ reperisset* (D., L. 27, de exceptione rei judicatæ. XLIV, II.,)

Le second système admet une théorie plus large. S'appuyant sur ce que la loi n'a pas fait de distinction, les partisans de ce système admettent autant de causes qu'il y a de vices distincts. Ainsi en reprenant les espèces précédentes, les différentes causes seraient l'erreur, le dol, la violence, la minorité, etc.

Ils objectent à leurs adversaires que la distinction en *causæ proximæ* et en *causæ remotæ* est une distinction arbitraire pour laquelle on ne peut trouver aucun critérium et qui a le tort de distinguer là où la loi est générale, car l'article 1351 parle simplement de la cause de la demande. D'ailleurs, disent-ils, pour apprécier l'identité de la cause, il faut se reporter aux conclusions des parties. Or si les parties ont basé leur demande sur un vice spécial du consentement, le juge n'a pu

statuer que sur l'existence de ce vice qui a fait l'objet du débat, on ne violerait donc pas le principe de l'autorité de la chose jugée en voulant prouver l'existence d'un autre vice sur lequel les juges n'ont pas eu à se prononcer.

Enfin un troisième système est le plus restrictif de tous. La nullité de l'acte ne serait pas l'objet de la demande, mais bien la cause de la demande. Quant à l'objet, ce serait, dans le cas par exemple d'une demande en nullité de donation, la revendication de l'immeuble donné. Tous les vices seraient alors des moyens. D'après ce système, ayant succombé dans la demande en nullité pour incapacité, on ne pourrait pas attaquer l'acte en se basant sur un vice du consentement. Pour soutenir leur opinion, les partisans de ce système disent que lorsque le tribunal a rejeté l'action en nullité, il a affirmé le droit contesté d'une manière absolue, il a statué sur l'existence même du droit que l'on ne peut plus remettre en question sans s'exposer à violer l'autorité de la chose payée.

Nous pensons avec la jurisprudence que le premier système est préférable ; avec le second, on pourrait recommencer le procès sur chacun des différents vices pouvant entacher la convention, ce qui anéantirait complètement l'autorité de la chose jugée : le troisième est trop restrictif, en déclarant les parties incapables d'introduire une demande fondée sur de nouvelles causes, sans que ces causes aient été l'objet d'une instruction et d'un débat contradictoire.

3. Identities of persons and of qualities

La troisième condition exigée par l'art. 1351 pour qu'on puisse invoquer l'autorité de la chose jugée, est que la demande soit entre les mêmes personnes et formée par elles ou contre elles en la même qualité. L'étude de cette matière que nous devons approfondir fera l'objet des chapitres suivants.

CHAPITRE III

EFFET RELATIF DE LA CHOSE JUGÉE

Pour qu'on puisse opposer avec succès l'autorité de la chose jugée, il faut, avons-nous dit, qu'il y ait identité de personnes et de qualités. Il faut avoir été partie au procès par soi-même ou par ses ayants cause pour pouvoir invoquer le jugement ou pour être tenu de s'y conformer. Cette règle n'est que la reproduction du principe romain posé par Paul au *Digeste* : *Res inter alios judicata aliis nec prodesse nec nocere solet.* (D., L. 16, XX, IV.)

« L'autorité de la chose jugée, dit Pothier, n'a lieu « qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu, elle ne donne aucun droit ni à des tiers, ni contre des tiers étrangers. » (Pothier. *Des obligations*, n° 899.)

Les mots « identité de personnes et de qualités » montrent qu'il ne s'agit pas seulement de l'identité de la personne physique, mais bien de l'identité de la personne juridique.

On a dit que pour être réputé avoir été partie dans un procès, il faut avoir pris des conclusions ou répondu à des conclusions adverses (Larombière, t. V, p. 321, n° 142). Cette théorie nous paraît renfermée dans des limites un peu étroites. Oui sans doute, on aura été partie au procès lorsqu'on aura posé des conclusions

ou répondu à des conclusions adverses, mais on ne peut pas dire qu'on ne le sera que dans ce cas-là. Ainsi, si une partie a été appelée dans l'instance, et qu'elle n'ait pas comparu, si elle a négligé de prendre des conclusions, on ne peut vraiment pas soutenir que le jugement ne lui sera pas opposable. Autrement ce serait pour une partie qui saurait devoir être condamnée un moyen trop facile d'empêcher que le débat prenne fin. Nous pensons donc que, pour que l'article soit applicable, il suffit d'avoir été appelé valablement dans l'instance, d'y avoir figuré comme demandeur, défendeur ou intervenant. Il s'agit de l'identité de la personne juridique : Ainsi il a été jugé qu'après avoir succombé dans une demande comme héritier du père, on peut agir ensuite comme héritier de la mère. (Nîmes, 29 déc. 1841.) La question peut se présenter à propos de l'héritier bénéficiaire. Un jugement ayant été prononcé contre un héritier bénéficiaire, peut-on lui opposer l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il agit plus tard comme héritier pur et simple ? On pourrait objecter que dans l'espèce, l'héritier agit dans la seconde demande avec une autre qualité. Nous pensons cependant qu'on pourra lui opposer l'autorité de la chose jugée, car dans les deux cas, il agit en qualité d'héritier du défunt. En outre, si on décidait autrement, ce serait pour l'héritier bénéficiaire succombant dans un procès un moyen de remettre tout en question, en se portant héritier pur et simple, et de retarder ainsi la solution du litige. Mais si cet héritier bénéficiaire ou renonçant a perdu cette qualité, nous pensons qu'il ne pourrait plus se prévaloir de jugements

rendus en sa faveur pour repousser les demandes formées contre lui en qualité d'héritier pur et simple. C'est ainsi que le 15 juillet 1818, la Cour de cassation décida que lorsqu'un arrêt avait déclaré qu'un héritier renonçant à une succession n'était pas tenu des dettes grevant cette succession, rien ne s'opposait à ce qu'un autre arrêt le condamnât à les payer comme héritier pur et simple, par ce motif qu'il avait échangé un bien dépendant de la succession.

Un tuteur agit au nom de son pupille, il est repoussé dans sa demande ; plus tard, il s'avise d'intenter la même action en son nom personnel, pourra-t-on lui opposer l'exception de la chose jugée ? Non, il n'y a pas l'identité de la personne juridique.

Cette règle de la relativité de l'autorité de la chose jugée se comprend très bien, et même au premier abord on ne conçoit pas pourquoi le législateur a cru devoir la poser dans notre Code, tant elle paraît naturelle : en effet qu'était-il besoin de dire qu'un jugement ne pouvait avoir aucun effet vis-à-vis des tiers : on pense que cela ne peut en aucune façon les intéresser. Et cependant la règle devait être posée, car dans un grand nombre de cas, on aurait pu supposer que le jugement aurait produit des effets. Ce qui le prouve du reste, c'est le grand nombre des questions qui ont été soumises aux tribunaux.

L'identité de la personne juridique peut se faire en effet par l'intervention des mandataires soit légaux, soit conventionnels, soit judiciaires. Le mandataire conventionnel représente le mandant ; par conséquent, le juge-

ment qui est rendu dans une instance où a figuré un mandataire peut être invoqué par le mandant, de même qu'on pourra le lui opposer. Mais le mandataire n'agissait pas en son nom propre, et il n'était engagé dans le débat que par suite de l'obligation à lui incombant en vertu de son mandat, il n'était donc pas partie, et rien ne pourrait entraver l'action qu'il entamerait sur le même objet en son nom personnel. A ce mandataire pourvu d'un mandat exprès, on doit assimiler celui qui a agi sans mandat au nom d'une autre personne, lorsqu'il est intervenu une ratification de la part de celui dont les intérêts étaient engagés. Nous avons dans notre législation de nombreux exemples de mandats : le mineur et l'interdit sont représentés par leur tuteur et par suite sont engagés par le jugement intervenant entre le tuteur et une tierce personne.

Le mari, lorsqu'il administre les biens personnels de la femme en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 1428 du Code civil est un mandataire légal.

De même les administrateurs de l'État, d'un département, d'une commune ; les curateurs à une succession vacante.

Les administrateurs d'une société de commerce représentent tous les associés, mais, bien entendu, tous les actes seulement qui intéressent la société, et non pas en ce qui concerne leurs droits particuliers.

L'article 443 du Code de commerce nous indique encore une classe de mandataires légaux. Il décide qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être intentée que contre

les syndics. (443, 2°). Par suite, les jugements rendus pour ou contre les syndics de faillite seront opposables au failli qui a été dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens par le jugement déclaratif. Disons cependant que le tribunal peut recevoir le failli comme partie intervenante, si il le juge convenable.

Nous avons supposé jusqu'ici que les mandataires légaux avaient agi dans les limites de leurs pouvoirs. Si ils avaient agi en dehors des limites de leurs pouvoirs, sans observer les formes prescrites par la loi, ils auraient agi sans droit et par conséquent, n'auraient plus été mandataires. Ainsi un époux marié sous le régime de la communauté légale, peut, aux termes de l'art. 1428, exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme; si donc il a exercé une action immobilière pétitoire, le jugement sera *res inter alios judicata* à l'égard de la femme, parce que il aura agi en dehors des limites de ses pouvoirs.

Ce qui a été jugé avec le tuteur est réputé l'avoir été avec le mineur, sauf le droit pour ce dernier de se pourvoir contre le jugement par requête civile, ainsi que le lui permet l'article 481 du Code de procédure, lorsqu'il n'a pas été valablement défendu.

C'est ce que décida la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 1844. Un tuteur avait des intérêts contraires dans la même affaire que son mineur : ce dernier aurait donc dû être représenté par un tuteur *ad hoc*; la Cour décida qu'il y avait néanmoins chose jugée, sauf au pupille à se pourvoir par la voie de la requête civile.

Ce principe que l'identité de la personne juridique se

fait par les mandataires, est admis sans difficulté, mais il ne faut pas pousser trop loin l'idée de mandat, la simple communauté d'intérêts n'entraîne pas cette idée de mandat, et tant qu'il s'agit d'une chose divisible, chacun a un droit distinct et indépendant, c'est pour ces hypothèses qu'il importait de poser la règle, que les tribunaux ont eu souvent l'occasion d'appliquer. Ainsi le tribunal de la Seine eut à décider que le jugement rendu contre un légataire universel, ne pouvait avoir aucun effet vis-à-vis d'un légataire particulier, lorsque ce jugement annulait le testament. Le défunt avait institué un légataire universel et mis à sa charge un legs particulier, qui fut délivré sur-le-champ; le testament fut annulé sans que le légataire particulier eût été appelé au procès : puis l'héritier demanda la restitution du legs, mais il fut débouté de sa demande : « Attendu, dit le « tribunal, que si le legs universel a été annulé, il n'en « est point ainsi du legs particulier fait à l'abbé Pereyve, « qui n'a point été partie au procès, et à l'égard du- « quel il n'a rien été statué. »

Il s'agissait de manuscrits légués à l'abbé Pereyve par le père Lacordaire. (Jugement du 2 décembre 1864. — Dalloz, 1864, 3, 112).

Mais nous critiquerons un jugement rendu le 13 janvier 1857. Il y avait eu un jugement déclarant un chemin voisin : le tribunal déclara que le demandeur n'avait pas pu faire juger la question sans y faire participer les autres habitants du quartier dont la cause se confondait. C'était faire une confusion regrettable entre le mandat et l'intérêt commun; aussi la Cour de cassation,

devant qui l'affaire fut portée en dernier lieu, jugea que l'art. 1351 avait été violé (23 août 1858. Dalloz, 1858, 1, 361.)

Nous en dirons autant d'un jugement du tribunal du Mans confirmé par adoption de motifs par la Cour d'Angers. Voici quelle était l'affaire :

Une dame Touyard meurt en instituant deux légataires universels : il y avait eu un précédent testament par lequel elle léguait le tiers de ses biens en usufruit à un de ses héritiers légitimes, nommé Guiller, et la nue-propriété aux enfants de ce légataire. Guiller fait annuler le second testament. C'est alors que les deux autres héritiers légitimes lui demandent le partage de la succession. Mais les deux légataires universels interviennent et réclament la succession, moins le tiers appartenant à Guiller, disant que vis-à-vis des autres héritiers, le testament est valable.

C'est, en effet, ce qui aurait dû être décidé, si on avait appliqué les vrais principes ; les légataires furent cependant écartés, on leur objecta qu'ils ne pouvaient se présenter qu'en vertu d'un titre, mais que ce titre n'existait pas, puisqu'il avait été annulé. L'arrêt fut cassé, il méconnaissait en effet l'article 1351 sur la relativité de la chose jugée, le titre n'avait été déclaré nul que vis-à-vis d'un héritier. (Cassation, 10 août 1858. Dalloz, I, 360.)

Pour nous résumer, nous pourrions dire que l'art. 1351 n'est applicable, qu'il n'y aura autorité de la chose jugée, que lorsque la partie intéressée aura été représentée par celui qui avait qualité pour agir en son nom. Il

est vrai qu'en fait, lorsque la cause sera identique, il sera à peu près inutile de recommencer le procès, il y aura une jurisprudence établie, mais les tiers peuvent avoir intérêt à recommencer, si ils ont d'autres moyens à présenter, si ils pensent que l'affaire a été mal plaidée.

L'effet relatif de la chose jugée est une règle qui reçoit incontestablement certaines exceptions, que nous allons examiner; nous examinerons aussi certains cas qui constitueraient d'autres exceptions suivant quelques interprètes.

1° *La loi sur les brevets d'invention*, votée au mois de juin 1844 et promulguée le 5 juillet de la même année, contient dans son art. 37 une dérogation à la relativité des jugements. Voici ce que dit cet article :

« Dans toute instance tendant à faire prononcer la
« nullité ou la déchéance d'un brevet, le ministère public
« pourra se rendre partie intervenante et prendre des
« réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la dé-
« chéance absolue du brevet. Il pourra même se pour-
« voir directement par action principale pour faire
« prononcer la nullité dans les cas prévus aux numéros
« 2, 4 et 5 de l'art. 30. »

Ainsi, lorsque le ministère public aura pris des réquisitions en ce sens, le tribunal pourra déclarer que le brevet est nul à l'égard de tous, qu'il doit être considéré comme inexistant, sans que les tiers étrangers au débat aient à se préoccuper d'obtenir une décision judiciaire en leur faveur. Nous avons bien là une exception au principe de la relativité des jugements. Cette exception a été expliquée par une idée de protection pour la liberté

de l'industrie. Les brevets d'invention sont une entrave à cette liberté; on a donné alors au ministère public le droit de faire proclamer la déchéance absolue d'un brevet en intervenant dans l'instance ou même en agissant directement, lorsque ce brevet n'a pas été demandé ou conservé conformément aux prescriptions de la loi de 1844. On évite ainsi aux tiers intéressés à la non-existence de ce brevet les embarras d'une instance.

Remarquons que le même effet absolu n'existe pas quant aux jugements déclarant un brevet valable. Dans cette hypothèse l'art. 1351 reprend toute sa force et on doit appliquer le principe de la relativité.

2° Les jugements prononçant *la séparation de corps ou la séparation de biens*, produisent un effet absolu vis-à-vis des tiers quant à la capacité de la femme; l'état de droit que créent ces jugements existe vis-à-vis des tiers. C'est qu'en réalité ces jugements ne sont pas déclaratifs d'un droit préexistant, mais bien constitutifs d'un état nouveau. Cet état de droit n'existe pas par l'effet de l'autorité de la chose jugée, mais comme une création de la puissance publique, en vertu d'un pouvoir spécial conféré par la loi aux tribunaux.

3° Les jugements *déclaratifs d'une faillite* sont aussi absolument opposables aux tiers pour la même raison. Mais nous ajouterons qu'il n'en est pas de même du jugement négatif, c'est-à-dire du jugement déclarant qu'il n'y a pas lieu de déclarer la faillite. Dans ce cas en effet, rien ne s'opposerait à ce qu'un autre créancier fit la même demande, car il n'y a pas eu constitution d'un état de

droit nouveau. C'est en ce sens qu'a décidé un arrêt de la Cour de Rennes du 3 août 1868.

4° *Questions d'état*. Certains auteurs ont voulu voir ici une dérogation à la règle posée par l'article 1351 ; ils ont pour cela imaginé la théorie des contradicteurs légitimes qui selon eux représenteraient toutes les parties intéressées, de sorte que les jugements rendus pour ou contre eux auraient un effet absolu. Tout d'abord, personne ne conteste que lorsqu'un jugement a refusé ou accordé à un individu la qualité de Français, ce jugement ne puisse avoir qu'un effet relatif, car là on ne pourrait pas trouver le légitime contradicteur que mettent en avant les partisans de ce système. Mais la discussion s'engage dans les questions relatives à la paternité et à la filiation.

Pour *l'action en désaveu*, la loi est formelle : le titre VII du livre I^{er} du Code civil n'accorde cette action qu'au mari ou à ses héritiers dans le cas où le mari est mort, dans les délais qui lui étaient accordés pour désavouer l'enfant. Si donc nous supposons que le mari ou tous ses héritiers ont été parties au procès, nous dirons que le jugement a l'autorité de la chose jugée d'une manière absolue ; mais il n'en serait pas de même si quelques-uns des héritiers seulement avaient intenté l'action en désaveu, le jugement n'aurait plus alors qu'un effet relatif et vis-à-vis des autres héritiers et vis-à-vis des tiers : vis-à-vis des autres héritiers, car chacun d'eux avait succédé au mari, et par suite chacun d'eux avait le droit d'intenter l'action et ne pouvait être représenté par les autres : vis-à-vis des tiers, car la présomption de légiti-

mité existant encore à l'égard de quelques-uns des héritiers n'est pas complètement détruite. On objecte que l'état des personnes est une chose individuelle, mais à cela on peut répondre que les conséquences sont divisibles, et que là, il ne s'agit que d'une question d'intérêt, où on comprend très bien qu'un enfant puisse être considéré comme légitime vis-à-vis de certains héritiers du mari, et que vis-à-vis des autres, il puisse être considéré comme étranger.

Si nous passons à *l'action en réclamation d'état*, nous nous trouvons encore en présence de deux systèmes bien opposés. Les uns veulent attribuer à la chose jugée en cette matière, un effet absolu en vertu de la théorie du contradicteur légitime, les autres, et c'est le système que nous admettons, appliquent même dans ce cas l'article 1351 du Code civil avec tous ses effets de relativité. Voyons d'abord quelle est la prétention de nos adversaires et sur quoi ils s'appuient.

L'action en réclamation d'état peut se concevoir dans trois hypothèses différentes :

1° L'enfant peut intenter l'action du vivant de ses père et mère, ou mieux du vivant de l'homme et de la femme dont il se prétend l'enfant.

2° Il peut l'intenter lorsqu'un des deux époux est mort.

3° Enfin, il peut entamer son action après la mort des deux époux.

Que se passe-t-il dans ces trois hypothèses?

I. — Si les deux époux sont vivants, l'action devra être intentée contre les deux, car il ne se représentent pas mutuellement, mais chacun d'eux représentera-t-il sa ligne et même ses descendants? Ici les partisans du système

ne sont plus d'accord. Les uns veulent que tous les parents, même les descendants, aient été représentés ; les autres font une réserve en faveur des enfants qui n'étaient pas nés au moment de la demande : à ces derniers, le jugement ne serait pas opposable.

II. — Dans la seconde hypothèse, lorsque l'un des deux époux est mort, comme on ne peut pas soutenir que le survivant puisse représenter les parents de la ligne de son conjoint prédécédé, on dit que ce sont les plus proches parents qui auront représenté tous les autres parents nés et à naître de la même ligne ; ce sont eux qui auront été les légitimes contradicteurs, et la chose jugée contre eux sera réputée chose jugée à l'égard de tous les parents du prédécédé.

III. — Enfin si nous envisageons l'hypothèse où les deux époux sont morts, on applique dans chaque ligne la théorie dont nous venons de parler, c'est-à-dire que dans chaque ligne, les plus proches parents seront les contradicteurs légitimes.

Il nous reste à voir sur quoi s'appuie cette théorie, quels arguments présentent ses défenseurs. Ils mettent en avant plusieurs lois romaines, d'où ils tirent la conclusion que ces actions étaient des actions préjudicielles décidant à l'avance des questions futures. Voici ces lois :

Si contra pronuntiaverit non fore suum quamvis suus fuerit; placet enim ejus rei judicem jus facere. (D., L. 3, de agnoscendis liberis, XXV, III.) Cum non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res inter-

venierit, idque principalibus constitutionibus cavetur. (D., L. 3, *de collusione delegenda*, XL, XVI.) *Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.* (D., L. 25, *de statu hominum*, I, V.) Ils ajoutent que leur théorie est très rationnelle car en reprenant successivement les hypothèses dont nous avons parlé plus haut, si les deux époux sont vivants, et que l'action les ait mis en cause tous les deux, on comprend très bien que la chose jugée puisse être opposée à tous les membres de la famille. Le point qui était débattu était de savoir si le réclamanant était bien l'enfant des deux époux qu'il avait actionnés ; et de la décision intervenue, on n'a qu'à tirer la conséquence qu'il sera ou ne sera pas parent des autres membres de la famille. Il est bien entendu cependant que s'il y avait eu fraude de la part des époux pour faire entrer un étranger dans la famille, tous les intéressés pourraient faire tierce opposition.

« Pourvu que telle sentence soit données parties ouïes, et non par contumace, ni aussi par intelligence et collusion. » (D'Argentré, ch. xxix.)

Dans les autres hypothèses, si on considère les plus proches parents comme les légitimes contradicteurs, c'est qu'ils ont seuls un intérêt né et actuel, et par analogie des articles 184 et 187 relatifs aux demandes en nullité de mariage, ceux-là seuls peuvent intenter l'action qui y ont intérêt.

Enfin les partisans de ce système ajoutent une considération d'intérêt pratique, c'est que, en n'admettant pas leur théorie, on ne peut pas assurer une situation

stable à l'enfant qui est toujours sous le coup d'une contestation de la part de chaque membre de la famille.

Il nous est impossible d'admettre cette théorie qui est en contradiction complète avec les principes de l'art. 1351. Et tout d'abord, nous ne pensons pas que les lois romaines qui sont mises en avant puissent être invoquées avec succès, car elles ont été abrogées avec tout l'ancien droit, et nous ne voyons nulle part dans le Code que le législateur ait entendu les maintenir. Bien plus, nous trouvons un argument en faveur de notre opinion dans l'art. 100 du Code civil. Cet article nous montre que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu faire d'exception aux principes dans les questions d'état, en disant que le jugement de rectification des actes de l'état civil ne peut être opposé aux parties qui ne l'auraient pas requis ou qui n'y auraient pas été appelées. Quant à cet argument qui nous est opposé, que dans notre système l'enfant n'a pas une situation stable, nous répondrons que cet inconvénient se présente encore dans d'autres cas où nos adversaires ne peuvent pas introduire leur théorie du légitime contradicteur, dans les cas, par exemple, où un individu se voit contester sa qualité de Français ; le jugement n'a alors de force qu'entre les parties et tous les tiers peuvent contester de nouveau la qualité de l'individu sans se voir opposer l'autorité de la chose jugée. Du reste, la difficulté, l'impossibilité du succès suffira pour prévenir la plupart des attaques téméraires et inconsidérées. Nous ajouterons que l'inconvénient que l'on signale ne peut pas entrer en balance avec le danger d'abandonner le repos, l'intérêt, l'honneur d'une famille

entière à la négligence, au caprice et peut-être à l'avidité d'un de ses membres.

5° *Jugements attribuant à un successible la qualité d'héritier pur et simple.*

Toute la discussion est basée sur l'art. 800 du Code civil, disant que l'héritier conserve le droit de se porter héritier bénéficiaire, si il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. Nous croyons avec la Cour de cassation (19 avril 1865. Dalloz, 1865, 1, 433), que là encore, il faut appliquer les principes de l'article 1351 et décider que le jugement ne pourra pas être invoqué par les tiers qui n'ont pas été partie au procès.

Notre article suppose que l'héritier n'a pas encore pris parti, lorsqu'il est poursuivi par un créancier de la succession ; comme les délais accordés par les articles 795 et 798 sont expirés, il est condamné comme héritier pur et simple, puisqu'il n'a pas rempli les conditions auxquelles se trouve subordonné le bénéfice d'inventaire ; mais si plus tard il est poursuivi par d'autres créanciers, pourront-ils lui opposer ce jugement antérieur, pour prétendre qu'il ne peut être qu'héritier pur et simple vis-à-vis de tous ? La question étant ainsi posée, nous n'hésitons pas à la résoudre négativement et à décider qu'il pourrait à leur égard accepter, sous bénéfice d'inventaire ou même renoncer : le jugement n'a d'effet que vis-à-vis du créancier qui l'a obtenu et il n'y a aucun motif qui nous permette de déroger à la règle : *Res inter alios judicata aliis nec nocere nec prodesse potest*. L'examen des travaux préparatoires du Code montre, du reste,

qu'on a entendu rester sous l'application de l'art. 1351; car, il y avait dans le projet, un article portant expressément que le successible ne serait réputé héritier pur et simple qu'à l'égard du créancier ayant obtenu le jugement. Cet article ne fut rejeté que sur la remarque qu'il serait inutile, puisqu'il ne ferait que reproduire les principes de l'article 243 (art. 1351 du Code). (Locré, tome X, pages 102 à 108.)

Cette solution est aussi conforme à l'ancien droit. (Pothier, *Successions*, chap. III, section V, et Introduction au titre XVII de la *Coutume d'Orléans*.)

Nous devons cependant examiner les arguments qui ont été mis en avant pour soutenir que le successible est déchu d'une manière absolue du droit d'accepter l'hérédité sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer.

La première objection est basée sur le contrat judiciaire se formant par suite de l'instance, contrat dans lequel on verrait une acceptation de l'hérédité. La réponse nous paraît facile : ce quasi-contrat se forme entre les parties et les oblige à se soumettre à la décision du juge, à exécuter les condamnations qui seront prononcées, mais il ne se forme qu'entre les parties et ne peut donc pas être invoqué par des tiers.

On dit ensuite que la qualité d'héritier est indivisible et qu'on ne peut pas être à la fois héritier pur et simple et héritier bénéficiaire ou renonçant : il nous semble qu'il y a ici une confusion, la qualité d'héritier est bien indivisible, mais les obligations qui en dérivent sont divisibles. Les principes ne s'opposent donc pas à ce

qu'un héritier ne soit considéré comme pur et simple que vis-à-vis de certains créanciers de la succession.

A côté de ces deux opinions extrêmes dont l'une donne au jugement un effet absolu, en refusant à l'héritier condamné le droit d'accepter plus tard bénéficiairement ou de renoncer, et l'autre, au contraire, lui reconnaît toujours ce droit, il en a été émis plusieurs autres que nous ne pouvons passer sous silence.

On a d'abord fait une distinction entre les jugements en premier ressort ou par défaut, que le successible a laissé devenir définitifs en ne les frappant pas d'opposition ou d'appel, et ceux qui ont été rendus contradictoirement en dernier ressort ou sur opposition. Dans le premier cas, a-t-on dit, le successible a accepté la qualité d'héritier pur et simple, il y a eu adhésion tacite, et l'effet du jugement doit être absolu. Nous retrouvons cette distinction dans un arrêt de la Cour de Montpellier en date du 1^{er} juillet 1828. (Sirey, 1829, II, p. 118.)

« Attendu, dit cet arrêt, que s'il était possible de trouver une exception au principe de relativité, dans les dernières dispositions de l'art. 800, cette exception ne pourrait être admise que dans le cas où.... la partie condamnée en première instance laisserait acquiescir l'autorité de la chose jugée au jugement rendu en n'appelant pas et en acquiesçant ainsi à ses dispositions. »

Cette explication des mots « passé en force de chose jugée » est arbitraire ; on a toujours compris sous cette dénomination tout jugement qui ne peut être réformé par les voies de droit, ce qui comprend aussi bien

les jugements rendus par défaut ou en premier ressort que ceux rendus en dernier ressort; et c'est bien là le sens général que la loi donne à ces expressions. (Voyez art. 1262, 1263, 2056.) Nous ne pouvons donc accepter la distinction indiquée par la Cour de Montpellier.

Dans ce même arrêt, la Cour dit que l'exception à l'article 1351 pourrait aussi être admise dans le cas où la qualité d'héritier a fait l'objet principal d'un jugement; mais ce serait précisément dans ce cas plus que dans tout autre qu'il ne faudrait reconnaître qu'un effet relatif. Voilà un héritier qui conteste formellement avoir pris la qualité d'héritier pur et simple, où trouver une adhésion tacite? Il y a au contraire déclaration expresse de sa part qu'il ne l'est pas. Du reste, ce n'est pas le cas de l'article 800, qui, nous l'avons dit, suppose que l'héritier n'a pas pris qualité.

Il nous reste à réfuter un dernier système intermédiaire qui a été proposé par M. Valette. (*Revue étrangère et française*, 1842, t. IX, p. 281 et s.) D'après ce système, le jugement ferait perdre au successible d'une manière absolue le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, mais lui laisserait toujours la faculté de renoncer. On se base sur l'ancienne rédaction de l'art. 800, art. 88 de la section III du projet). Cet article contenait comme dernière disposition la phrase suivante: mais cette faculté ne s'étend pas au delà d'une année, à compter du jour de l'expiration des délais; l'héritier ne peut ensuite qu'accepter purement et simplement ou renoncer. Ainsi, dit-on, on rejeta ce délai préfixe d'un an, mais on le remplaça par un délai variable qui peut du-

rer un an, deux ans, trois ans, et qui se prolonge jusqu'au moment où l'héritier a été condamné comme héritier pur et simple en vertu d'un jugement passé et force de chose jugée.

Cette interprétation ne nous paraît pas admissible avec le texte actuel de l'article 800 ; la distinction est arbitraire, car, puisqu'on admet que l'héritier peut renoncer, c'est qu'il n'est pas irrévocablement héritier ; dès lors, on ne voit pas pourquoi on lui refuserait le droit d'accepter bénéficiairement.

Concluons donc avec la Cour de cassation et conformément aux principes de l'article 1351, que le jugement n'a qu'un effet relatif, et que dans ses rapports avec les créanciers non parties au procès, le successible qui n'a pas pris qualité peut encore soit renoncer, soit accepter sous bénéfice d'inventaire en remplissant les formalités voulues par la loi :

Les mandataires légaux, conventionnels et judiciaires représentent incontestablement le mandant. Nous avons à nous demander, si, en dehors de ces cas, il ne peut pas se présenter des hypothèses où les jugements rendus avec certaines personnes seront opposables à d'autres qui n'y auront pas été parties. Pour cela, il nous suffira d'envisager les différentes situations dans lesquelles on peut se trouver en suivant autant que possible l'ordre du Code Civil.

I. — Envoyés en possession provisoire et définitive des biens de l'absent. — Héritier apparent

A. — ENVOYÉS EN POSSESSION PROVISOIRE

Lorsque après le jugement définitif qui a déclaré l'absence, les héritiers présomptifs se sont fait envoyer en possession provisoire des biens de l'absent, l'art. 134 nous dit que toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens. Mais devons-nous dire de même que cet envoyé en possession pourra agir comme demandeur et que ce qui sera jugé alors pour ou contre lui sera jugé pour ou contre l'absent ? Il n'y a aucune difficulté quant aux actions mobilières ; l'envoyé en possession est administrateur, il peut donc les exercer. La discussion s'élève sur les actions immobilières : les uns veulent que si l'envoyé en possession exerce une action immobilière, le jugement ne puisse être opposé à l'absent, car, disent-ils, l'exercice de ces actions ne rentre pas dans les actes d'administration, et l'envoyé se trouve dans la situation du tuteur qui, aux termes de l'art. 464, ne peut exercer une action immobilière sans l'autorisation du tribunal. Dans ce système, lorsque les envoyés en possession provisoire veulent introduire comme demandeurs une action immobilière, il leur faut l'autorisation du conseil de famille. Nous pensons qu'il vaut mieux décider que le jugement rendu sur la demande de l'envoyé en pos-

session sans l'autorisation du tribunal peut être opposé à l'absent. En effet, l'envoi en possession comprend toutes les actions, il n'y a pas à distinguer entre les actions mobilières et les actions immobilières : or la possession d'une action consiste dans l'exercice qu'on peut en faire. Du reste, il est inexact d'assimiler l'envoyé en possession avec le tuteur : la loi a donné au premier un pouvoir plus étendu : c'est ainsi que l'article 817 défend au tuteur d'introduire une demande en partage sans l'autorisation du conseil de famille, tandis qu'il n'exige aucune autorisation préalable, lorsque le partage est demandé par l'envoyé en possession : on ne voit pas pourquoi on exigerait plus de formalités pour les actions immobilières que pour la demande en partage.

B. — ENVOYÉS EN POSSESSION DÉFINITIVE

Lorsque l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi en possession provisoire, ou qu'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les ayants droit peuvent demander le partage des biens de l'absent et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance (art. 129).

L'envoi en possession définitif produit les effets qu'aurait entraînés l'ouverture de la succession, c'est-à-dire que les envoyés en possession sont considérés comme propriétaires des biens de l'absent. Si nous supposons, que pendant la période de l'envoi en possession définitif un jugement est intervenu entre un tiers et l'envoyé en possession et que l'absent reparaisse, quel sera l'effet

du jugement? Prenons une espèce : Primus a été déclaré en état d'absence ; trente ans se sont écoulés depuis l'envoi en possession provisoire, puis Secundus a obtenu l'envoi en possession définitif. Tertius revendique la propriété d'un immeuble dépendant des biens de Primus et obtient gain de cause : puis Primus reparaît. Pourra-t-on lui opposer le jugement intervenu entre Secundus et Tertius lorsqu'il actionnera Tertius en restitution de l'immeuble? Les articles 132 et 134 répondent à notre question : en effet, l'article 132 porte que l'absent recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront et l'article 134 dit que, après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens. Cela veut bien dire que les envoyés en possession sont considérés comme les mandataires légaux des absents ; nous n'avons donc qu'à répéter ce que nous avons dit plus haut : les mandataires légaux obligent en justice les personnes qu'elles représentent ; par conséquent, l'absent, lorsqu'il reprendra l'administration de sa fortune, devra respecter les jugements intervenus entre les tiers et les envoyés en possession.

C. — HÉRITIERS APPARENTS

Nous n'avons supposé que le cas où le débat s'était engagé sur des biens appartenant à l'absent au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles : nous avons à nous occuper d'une autre hypothèse. Lorsqu'une

succession s'ouvre pendant l'absence d'une personne qui serait appelée à la recueillir; l'article 136 nous dit qu'elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels cette personne aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut; puis l'article 137 ajoute: « Ces dispositions auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compèteront à l'absent, ou à ses représentants ou ayant cause et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription. » Par conséquent, si l'absent reparait, ou si ses ayant cause acquièrent la preuve qu'il existait encore au moment où s'est ouverte la succession, il y aura lieu à la pétition d'hérédité, et ceux à qui la succession avait été dévolue en vertu de l'article 136 n'auront été qu'héritiers apparents.

Nous pouvons généraliser et parler en même temps des cas où une succession s'étant ouverte, le véritable héritier est resté d'abord inconnu, la succession a été dévolue à d'autres personnes, puis le véritable héritier est revenu exercer ses droits. Dans ces conditions, les jugements rendus pour ou contre l'héritier apparent ont-ils l'autorité de la chose jugée pour ou contre l'héritier véritable? Nous pensons que l'héritier apparent est le représentant du véritable héritier. Car les tiers ne connaissent que cet héritier apparent, pour eux il est le véritable propriétaire, et il faut qu'ils puissent agir pour sauvegarder leurs droits. Du reste, le véritable héritier est en faute d'avoir laissé ses droits reposer sur la tête d'un tiers. Mais il est bien entendu que nous raisonnons

dans l'hypothèse où l'héritier apparent a été de bonne foi et qu'il n'y a pas eu de collusion frauduleuse avec les tiers. Car autrement, on ne pourrait pas dire qu'il y a eu représentation, et nous pensons qu'en vertu de l'article 474 du Code de procédure, le véritable héritier pourrait former tierce opposition.

II. — Usufruitier et nu-propriétaire

Les jugements rendus pour ou contre l'usufruitier ont-ils l'autorité de la chose jugée à l'égard du nu-propriétaire et réciproquement, le nu-propriétaire représente-t-il l'usufruitier ?

Il s'agit bien entendu d'un droit d'usufruit antérieur au jugement. Nous nous trouvons ici en présence de deux opinions. Les uns veulent que l'usufruitier ne représente jamais le nu-propriétaire et que le nu-propriétaire ne représente jamais l'usufruitier. Les autres pensent que les jugements rendus en faveur de l'usufruitier peuvent être invoqués par le nu-propriétaire, mais qu'on ne peut pas lui opposer les jugements défavorables : quant au propriétaire, ils admettent qu'il n'a aucune qualité pour représenter l'usufruitier en justice. Nous nous rangeons du côté de cette dernière opinion : l'usufruitier est tenu de conserver la chose, il est responsable des diminutions et détériorations arrivées par sa faute, il en est responsable vis-à-vis du nu-propriétaire ; par conséquent, les jugements qu'il obtient doivent profiter au nu-propriétaire, sans quoi celui-ci aurait un recours contre l'usufruitier. Mais il ne faut pas pour admettre cette solution,

se baser sur une idée de mandat, autrement nous serions obligés d'admettre que les jugements défavorables rendus contre l'usufruitier devraient être respectés par le nu-propiétaire, tandis qu'en nous basant sur l'obligation qui incombe à l'usufruitier de conserver la chose, nous sommes amenés à décider que les jugements rendus contre l'usufruitier seul ne peuvent être opposés au nu-propiétaire, car il ne peut pas compromettre ses droits.

A l'inverse, le nu-propiétaire n'a aucune qualité pour représenter l'usufruitier en justice, car ce dernier a un droit bien distinct, qui ne peut être compromis, sans qu'il soit appelé : il serait donc admis à former tierce opposition. Mais il profitera indirectement des jugements rendus en faveur du nu-propiétaire, car il n'aura qu'à lui demander la délivrance de son usufruit. Pour conclure, nous devons donc dire que les tiers qui intentent une action sur un fonds grevé d'usufruit, devront, si ils sont prudents, mettre en cause à la fois et le nu-propiétaire et l'usufruitier, sans quoi ils s'exposent à recommencer l'instance contre celui qui n'aura pas été appelé.

III. — Droits d'usage et d'habitation

Les droits d'usage et d'habitation sont des droits d'usufruit restreint; on a même défini l'usage : « un usufruit véritable moins l'étendue. » Nous n'avons donc qu'à renvoyer à ce que nous avons dit plus haut à propos de l'usufruit.

IV. — Droits de servitude

Il est de principe que quiconque a un droit de copropriété dans un immeuble, doit être appelé au procès engagé sur cet immeuble, sans quoi il pourra décliner l'autorité de la chose jugée ou former une tierce opposition, selon les cas, ainsi que nous l'avons vu au commencement de cette étude ; mais on ne peut pas dire que ceux qui ont un droit de servitude soient copropriétaires, quoique ce soit un droit réel. Nous devons donc examiner si les tiers devront les mettre en cause, afin d'assurer l'exécution du jugement. Pour soutenir que cela n'est pas nécessaire, on a dit que lorsque le jugement refuse de reconnaître celui qui a constitué la servitude comme propriétaire de l'immeuble, la conséquence est d'annuler tous les droits qu'il a pu consentir sur cet immeuble, en vertu de l'adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ; que pour revendiquer le fonds, on n'est tenu de s'adresser qu'à celui qui l'a en possession ; par suite, le droit de servitude est considéré comme non existant. Mais nous ne croyons pas que cette théorie soit exacte ; car s'il est vrai que personne ne puisse donner plus de droits qu'il n'en a, il n'en est pas moins vrai que nos adversaires violent le principe de la chose jugée : *Res inter alios judicata aliis nec nocere ne prodesse potest*. Le propriétaire du fonds dominant a un droit réel sur le fonds servant, on ne peut pas engager dans une instance des droits appartenant déjà à autrui, sans violer l'art. 1351 du Code civil.

V. — Successeurs universels

L'art. 724 est formel sur la question : « Les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. » Par conséquent les héritiers et autres successeurs universels peuvent invoquer les jugements rendus en faveur de leur auteur, de même qu'on peut leur opposer les jugements rendus contre lui. Nous ajouterons qu'il n'y a pas à considérer si ils ont accepté purement et simplement ou bénéficiairement : car l'acceptation bénéficiaire ne modifie que les rapports entre les créanciers de la succession et l'héritier, mais ne change en rien la qualité de l'héritier vis-à-vis de son auteur. Si le jugement a été rendu contre le défunt, l'héritier bénéficiaire ne peut pas se soustraire à l'exécution qui en sera la suite.

La seule différence avec l'héritier pur et simple est qu'il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de son émolument en vertu de l'art. 802 du Code civil.

Mais il faut bien examiner si les héritiers agissent en vertu d'un droit qui leur est propre ou comme continuateurs de la personne de leur auteur. Pour ne citer qu'un exemple, si le *de cujus* ayant fait une donation, a succombé dans une demande en nullité de cette donation, rien n'empêchera les héritiers réservataires de ce *de cujus* d'agir en réduction de cette donation et de la faire annuler : ici en effet nous ne trouvons plus tous les éléments nécessaires pour qu'on puisse opposer avec

succès l'autorité de la chose jugée : il nous manque l'identité des parties ; les héritiers agissent comme réservataires, tandis qu'ils échoueraient si ils demandaient purement et simplement la nullité de la donation, puisque la base de leur action serait leur qualité de représentants du défunt.

VI. — Successeurs à titre particulier

Sous ce titre de successeurs à titre particulier, on comprend les légataires et les donataires à titre particulier, car les donataires et les légataires à titre universel rentrent dans les successeurs universels, dont il est question au paragraphe précédent : on y comprend également les acquéreurs, les coéchangistes d'un objet particulier. Sont-ils censés avoir été représentés par leur auteur ? Il y a lieu de faire une distinction. On peut se trouver en présence de trois situations dont les deux premières n'offrent aucune difficulté.

1° Le jugement a été rendu antérieurement au titre d'acquisition.

(Nous employons l'expression « titre d'acquisition » ; pour être plus exact, il faudrait dire : antérieurement à l'époque où le titre d'acquisition est devenu opposable aux tiers : car en vertu de la loi du 23 mars 1855, art. 1^{er}, tout acte translatif de propriété immobilière doit être transcrit au bureau des hypothèques et l'art. 3 ajoute : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent

être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

De même dans la cession de créance, l'art. 1690 porte que le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Néanmoins sous ces réserves, nous emploierons l'expression « titre d'acquisition » pour traiter notre question.

Si donc nous supposons que le jugement a été rendu antérieurement au titre d'acquisition, il sera opposable à l'ayant-cause, car le vendeur, dans le cas d'une vente par exemple, n'a pu transmettre à son acquéreur que les droits qu'il avait sur l'immeuble, de même que si le jugement avait été favorable au vendeur, l'acquéreur pourrait s'en prévaloir.

2° L'instance a été engagée postérieurement au titre d'acquisition.

Là encore pas de difficulté; le vendeur n'a plus aucun droit sur l'immeuble, l'acquéreur est un tiers quant à l'instance, on ne peut donc pas lui opposer la chose jugée.

3° L'instance a été commencée antérieurement au titre d'acquisition, et le jugement n'a été rendu que postérieurement.

Ici nous nous trouvons en présence de deux opinions. La jurisprudence admet qu'il ne faut s'attacher qu'à l'époque du jugement. On dit à l'appui de cette opinion que l'intérêt appartient à l'acquéreur au moment du jugement et que c'est lui, par conséquent, qui doit être mis

en cause : que le successeur étant saisi irrévocablement du droit, ne peut plus être représenté par son auteur. Nous pensons cependant que le jugement sera opposable à l'acquéreur, car les effets rétroagissent jusqu'au jour de la demande et nous nous retrouvons alors dans la première hypothèse. (En ce sens : Duranton XIII, 506; Valette, *Revue du droit français*, 1844, § 28; Aubry et Rau; voir aussi *D.*, L. 11, § 8, *de re judicata*.)

VII. — Grevé de substitution et appelé

Les art. 49 et 50 du titre II de l'ordonnance de 1747 exigeaient, pour que les jugements rendus contre le grevé fussent opposables aux appelés, qu'ils eussent été rendus contradictoirement et sur les conclusions du ministère public.

Cet article n'est plus en vigueur; le Code civil n'a plus reproduit la disposition; que devons-nous donc décider? Devons-nous admettre, comme Toullier (tome V, 739), que le grevé représente les appelés et que par suite on pourra leur opposer la chose jugée? Devons-nous, au contraire, dire que c'est aux appelés eux-mêmes qu'il appartient de défendre leurs droits contre les tiers et que tous les jugements rendus entre le grevé et les tiers sont à leur égard *res inter alios judicata*, et qu'ils peuvent y former tierce opposition? Nous ne voyons nulle part que la loi donne au grevé mandat de représenter les appelés. Nous pensons, avec de nombreux auteurs, qu'il faut adopter une opinion mixte, que les jugements rendus au profit du grevé profiteront aux

appelés, car le grevé peut toujours rendre leur condition meilleure; mais quant aux jugements contraires, nous voyons que le Code civil a institué un tuteur à la substitution pour sauvegarder les droits des appelés et veiller à l'exécution de la substitution; nous pensons donc que les jugements ne pourront être opposés aux appelés que si ils ont été rendus contradictoirement avec le tuteur à la substitution. Quelques auteurs se basant sur l'ancienne ordonnance de 1747 exigent en outre les conclusions du ministère public; mais l'art. 83 du Code de procédure indique les causes qui doivent être communiquées au ministère public, et les causes concernant les substitutions ne s'y trouvent pas rangées: en outre on ne peut pas argumenter de l'ordonnance de 1747 qui n'est plus en vigueur.

VIII. — Créanciers chirographaires

Les créanciers chirographaires sont incontestablement les ayant cause de leur débiteur, ce dernier les représente donc dans tous les procès où il figure: et nous n'avons pas ici à distinguer, comme à propos des successeurs à titre particulier, si le titre de la créance est antérieur ou postérieur au jugement, car ils n'ont pas de droit réels sur les biens de leur débiteur. L'art. 2092 donne, il est vrai, les biens d'un débiteur en gage à ses créanciers, mais en ce sens simplement qu'ils peuvent les faire saisir pour assurer le paiement de ce qui leur est dû, si le débiteur ne satisfait pas à ses engagements. Les créanciers chirographaires en ne se faisant pas donner de

sûretés réelles, ont consenti à ce que leur débiteur fit sur son patrimoine tous les actes qu'il jugerait convenables. Il peut donc plaider et ses créanciers seront représentés dans toutes les instances entre lui et les tiers. Si cependant il y a eu collusion frauduleuse entre le débiteur et les tiers, et que les créanciers prétendent que le jugement a été rendu en fraude de leurs droits, on ne peut plus dire qu'ils ont été représentés, et ils peuvent, aux termes de l'art. 474 du Code de procédure, former tierce opposition, mais ils doivent alors prouver la fraude, de même qu'aux termes de l'article 1167, ils peuvent en leur nom personnel attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits.

Mais les créanciers sont-ils remplacés par leur débiteur dans un procès où il s'agit de leurs droits respectifs sur son patrimoine, d'un droit de préférence, par exemple. Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 13 avril 1841 décide l'affirmative. Et, en effet, le débiteur peut consentir une hypothèque que les créanciers devront respecter; ils devront, de même, respecter un jugement accordant un droit de préférence, pourvu, bien entendu, qu'il ne soit pas entaché de fraude. Ils peuvent débattre l'existence des droits des autres créanciers, mais à la condition qu'il ne soit pas déjà intervenu un jugement sur ce point.

IX. — Créanciers hypothécaires

Nous avons à examiner ici trois situations, de même qu'à propos des successeurs à titre particulier :

1° L'hypothèque a été consentie après le jugement déclarant le débiteur non propriétaire; il est bien certain que le débiteur n'avait aucun droit sur l'immeuble et que la constitution de l'hypothèque est nulle.

2° L'hypothèque a été consentie et inscrite avant l'introduction de l'instance entre un tiers et un débiteur. La jurisprudence, par de nombreux arrêts, a décidé que même dans ce cas, le jugement était opposable aux créanciers et que, par suite, si le débiteur était déclaré non propriétaire, les hypothèques devaient tomber. On invoque plusieurs arguments à l'appui de cette opinion : on dit d'abord que l'hypothèque n'est pas un démembrement du droit de propriété, que le débiteur étant resté plein propriétaire, a conservé tous les droits inhérents à la propriété et que, par suite, il peut toujours les exercer en justice. A cela nous répondrons que l'article 2114 du Code civil porte que l'hypothèque est un droit réel, et nous l'avons déjà dit en parlant des servitudes, le débiteur ayant concédé un droit à autrui, ne peut plus l'engager dans une instance, de même qu'il ne pourrait pas, par une simple convention, anéantir l'hypothèque consentie antérieurement.

Le second argument que l'on invoque consiste à dire que le débiteur ne pouvait pas consentir plus de droits qu'il n'en avait; or le jugement ne faisant que reconnaître les droits préexistants, a déclaré que le débiteur n'a jamais été propriétaire de l'immeuble sur lequel il a consenti des sûretés réelles; par suite ces sûretés sont nulles, comme ayant été concédées par quelqu'un qui n'y avait aucun droit : *Resolutio jure dantis, resol-*

vitur jus accipientis, dit un vieil adage. Sans doute, celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas consentir d'hypothèques, mais les jugements ne sont opposables qu'à ceux qui ont été parties au procès; il a bien été jugé que le débiteur n'était pas propriétaire, mais cela n'a été jugé qu'à l'égard du débiteur qui, seul, figurait au procès : on ne peut donc pas opposer aux créanciers hypothécaires l'autorité de la chose jugée. Du reste, si la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, était applicable aux créanciers hypothécaires, elle le serait aussi à un acquéreur antérieur au jugement, ce qui n'est pas soutenable, comme nous l'avons vu plus haut.

Enfin, on met en avant comme dernier argument, que si les jugements ne peuvent pas être opposés aux créanciers hypothécaires, on aboutira à des difficultés pratiques insurmontables. En effet, dit-on, il faudrait mettre en cause tous les créanciers ayant hypothèque sur le bien que l'on entend revendiquer, sinon on s'exposerait à ne pas pouvoir obtenir une sécurité complète. Mais le tiers peut connaître facilement les créanciers hypothécaires, puisqu'il lui suffit de demander un extrait des inscriptions prises au bureau des hypothèques.

Nous déciderons donc que les créanciers dont les hypothèques auront été inscrites avant l'introduction de l'instance, ne pourront pas se voir opposer les jugements rendus entre leur débiteur et un tiers. Ajoutons qu'il en était déjà ainsi dans notre ancien droit. (Pothier par Bugnet, t. II, n° 904.)

3° L'hypothèque a été inscrite dans l'intervalle de temps qui a séparé le jugement de l'introduction de l'in-

stance. Ici encore, de même qu'à propos des successeurs à titre particulier, nous pensons que le jugement sera opposable aux créanciers par suite de l'effet rétroactif du jugement.

X. — Droits réels sous condition suspensive ou sous condition résolutoire

L'obligation sous condition suspensive, dit l'art. 1181, est celle qui dépend d'un événement futur et incertain, ou d'un événement arrivé, mais encore inconnu des parties.

La condition résolutoire, aux termes de l'art. 1183, est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Une condition suspensive qui affecte un droit réel dans un contrat est toujours corrélatrice d'une condition résolutoire, et réciproquement.

Nous étudierons donc en même temps les deux hypothèses. En effet, si nous supposons une vente sous condition suspensive, le droit de l'acquéreur est bien sous condition suspensive, mais la condition venant à s'accomplir, rétroagit et, le vendeur aura été, pendant l'intervalle, propriétaire sous condition résolutoire. De même en cas de vente sous condition résolutoire, après l'avènement de la condition, le vendeur rentrant en possession de son immeuble, aura été pendant un certain temps propriétaire sous condition suspensive.

Nous avons à nous demander ce qui arrivera lorsqu'il

y aura chose jugée avec le propriétaire sous condition suspensive. Et à l'inverse, un jugement étant rendu entre un tiers et le propriétaire sous condition résolutoire, le propriétaire sous condition suspensive sera-t-il réputé avoir été représenté ?

On a dit que les jugements rendus en faveur du propriétaire sous condition résolutoire peuvent être invoqués par le propriétaire sous condition suspensive, parce que ce dernier lui a donné mandat de défendre la chose, mais qu'on ne peut pas lui opposer les jugements défavorables ; celui qui a aliéné son droit sous condition suspensive se trouve en effet soumis à une obligation éventuelle de délivrance, il est tenu de veiller à la conservation de la chose, il doit donc pouvoir la défendre dans l'intérêt de celui à qui il doit la restituer.

Nous ne pouvons adopter cette opinion, car si on accepte l'idée de mandat, on doit la suivre dans toutes ses conséquences, et décider que les jugements défavorables seront aussi opposables au propriétaire sous condition suspensive : il est difficile de comprendre un mandat devant produire ces effets ou ne devant pas les produire, selon que l'issue du procès sera favorable ou défavorable. Il faut que dès le moment où l'instance s'engage, l'existence du mandat ne soit pas douteuse. Nous pensons donc que les jugements sont *res inter alios judicata* vis-à-vis du propriétaire sous condition suspensive. Ils ne sont pas d'abord opposables, parce qu'en vertu de l'art. 1189 la condition rétroagit, et les droits nés du chef de celui qui avait un droit résoluble ne doivent pas survivre à la résolution de ce droit. Les jugements

favorables ne peuvent pas non plus être invoqués parce que le propriétaire sous condition suspensive n'est pas l'ayant cause du propriétaire sous condition résolutoire. Ce dernier a bien mandat d'administrer et de soigner la chose, mais non mandat de plaider, car ce serait compromettre le droit.

Il est bien entendu que le propriétaire sous condition suspensive n'a aucune qualité pour représenter le propriétaire sous condition résolutoire. Si donc les tiers ne veulent pas s'exposer à être obligés de recommencer le procès, ils devront mettre en cause tous ceux qui avaient des droits conditionnels sur l'immeuble.

XI. — Créanciers et débiteurs solidaires

A. — CRÉANCIERS SOLIDAIRES

Cette question a donné lieu à de vives controverses, et nous nous trouvons en présence de trois systèmes :

1° Le premier distingue entre les jugements défavorables. Si la chose a été jugée en faveur des créanciers, elle profitera aux autres créanciers solidaires ; si elle a été jugée contre lui, on ne pourra pas la lui opposer. Nous croyons devoir écarter ce système, de même que nous l'avons fait plus haut à propos des droits réels sous condition résolutoire ; il y a en effet les mêmes raisons pour le combattre :

2° Le second, qui est celui que nous adoptons, décide que les créanciers solidaires ont mandat pour se représenter en justice. Que dit en effet le Code civil ? Art. 1197 :

« L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance...

Art. 1198 : Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux... »

La solidarité donne donc le droit de demander le paiement de la totalité de la créance, et par suite, le droit de poursuivre le débiteur en justice ; mais il arrivera souvent que le débiteur contestera pendant l'instance l'existence de la créance : les juges seront donc amenés à se prononcer sur ce point : et de même que la poursuite comprend la totalité de la créance, de même le jugement doit porter sur la totalité de l'obligation.

On objecte que l'art. 1365 donne une décision contraire : « Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier (art. 1365, 2°). Voici donc un jugement qui, rendu contre un créancier, ne peut pas être opposé aux autres créanciers solidaires. Cela est vrai, mais la raison en est que dans cette circonstance, ce n'est pas le juge en réalité qui prononce sur l'existence ou la non-existence de la dette, c'est le créancier qui, par son fait, a compromis les droits de ses cocréanciers en déférant le serment ; il a fait, si l'on peut parler ainsi, une sorte de transaction que les juges n'ont fait que consacrer, tandis que, lorsque le débat s'est engagé sur la créance et que ce sont les juges qui se sont prononcés, il n'y a eu aucun fait personnel du créancier.

Il faut qu'il n'y ait eu ni fraude du créancier, ni aucun autre fait personnel, tel qu'une renonciation ; car alors nous déciderions, comme dans le cas de l'art. 1365 à propos du serment : le jugement n'aurait pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres créanciers.

3° Enfin un troisième système considère comme étrangers aux autres créanciers solidaires les jugements rendus avec l'un d'eux.

Les partisans de ce système n'admettent pas que le mandat de poursuivre le paiement de la créance entraîne le mandat de plaider sur l'existence même de la créance. (Griolet, p. 164.)

La chose jugée, disent-ils, produit seulement la présomption que la dette existe ou n'existe pas, et cette présomption, d'après l'art. 1351, n'a d'effet qu'entre les parties au procès.

B. — CODÉBITEURS SOLIDAIRES.

La chose jugée sur un moyen commun à tous, pour ou contre l'un des débiteurs solidaires, a-t-elle l'autorité de la chose jugée pour ou contre les autres ? Là encore, de même que dans la question des créanciers solidaires, nous trouvons les auteurs divisés. Le seul point certain est que lorsqu'un codébiteur solidaire a prêté serment sur le fait même de la dette, le jugement peut être invoqué par les autres (art. 1368). En dehors de ce cas, nous trouvons trois opinions.

Les uns veulent que les jugements favorables à un débiteur solidaire puissent profiter à tous, sans que les

jugements contraires puissent leur être opposés. C'est toujours la théorie de la représentation imparfaite, du mandat incertain, qu'il est inutile de réfuter de nouveau.

Restent les deux opinions extrêmes : lorsqu'il y a chose jugée soit pour, soit contre un débiteur solidaire, y a-t-il chose jugée contre les autres codébiteurs solidaires ? Nous pensons que les débiteurs se représentent mutuellement : il suffit d'indiquer les arguments déjà employés à propos des créanciers. La solidarité des débiteurs donne au créancier le droit de demander à chacun le payement de la totalité de la créance, il peut donc poursuivre en justice. Or, en s'engageant solidairement, les débiteurs se sont nécessairement constitués mandataires pour payer et pour se représenter dans tout ce qui aurait rapport à la dette : le but de la solidarité dans ce cas est précisément de garantir au créancier qu'un seul débiteur répondra envers lui pour tous les autres. On objecte que l'obligation de chacun des débiteurs est, quant au lien juridique, distincte de celle des autres, et que par conséquent chacun d'entre eux possède les exceptions pour faire tomber son obligation personnelle. Nous y avons répondu d'avance en montrant que les débiteurs se sont naturellement constitués mandataires les uns des autres.

Tout en admettant que les jugements rendus contre un débiteur ont autorité contre les autres débiteurs solidaires, il y a des réserves à faire. Si le jugement qui est intervenu n'a statué que sur des moyens personnels à l'un des débiteurs, il ne pourra ni profiter ni nuire aux autres, car tout leur était étranger dans le débat. De

même si un débiteur a des moyens personnels à proposer, on ne pourrait pas lui opposer un jugement rendu contre son codébiteur, puisque lui seul pouvait les proposer. Enfin s'il n'y avait eu accord frauduleux entre les créanciers et le débiteur partie au procès, il serait impossible de soutenir que les autres codébiteurs ont été représentés.

XII. — Cointéressés

Nous comprenons sous ce mot les cohéritiers, les colégataires, les codébiteurs et les cocréanciers, les copropriétaires d'une *chose divisible*. Nous en avons traité au début de cette étude, en disant que la simple communauté d'intérêts n'entraîne pas l'idée de mandat réciproque, et que par suite la chose jugée à l'égard de l'un des cointéressés sera *res inter alios judicata* à l'égard des autres : nous n'aurons donc pas à y revenir.

XIII. — Cocréanciers, codébiteurs ou copropriétaires d'une chose indivisible

La chose jugée à l'égard de l'un d'eux est étrangère aux autres. Pothier, dans l'ancien droit, admettait la solution contraire : « On peut dire que ce jugement n'est « pas *res inter alios judicata*, à l'égard des autres créanciers ou copropriétaires de cette chose ; car l'indivisibilité de leur droit avec le sien les fait regarder « comme étant avec lui une même partie. » Cependant on ne voit aucun lien juridique entre chacun des débiteurs et des créanciers ; où trouvera-t-on alors une raison

pour les considérer comme s'étant donné mandat de plaider l'un pour l'autre ; chacun n'est créancier ou débiteur que pour soi. Du reste, Pothier ajoutait à sa règle un tempérament qui la détruisait : il permettait au cocréancier d'interjeter appel ou de former tierce opposition ; les deux décisions se contredisent. Si le cocréancier ou le codébiteur a été représenté, on ne peut pas lui permettre de former tierce opposition.

Une autre opinion pense que les jugements favorables doivent profiter aux cocréanciers ou codébiteurs, mais que les jugements défavorables ne doivent pas leur nuire : nous la repoussons par suite de la consécration qu'elle donnerait à la théorie du mandat restreint.

En admettant notre solution, il peut s'élever une difficulté d'exécution. Si nous supposons un débiteur et deux créanciers d'une chose indivisible, et que le débiteur n'ait succombé que vis-à-vis d'un créancier, comment se libérera-t-il ? Il y a une solution qui a été indiquée par M. Bugnet. (Pothier annoté par M. Bugnet, n° 907, note 1.)

« La difficulté n'est pas plus grande qu'au cas prévu
« par l'art. 1224 ; celui des deux créanciers qui a suc-
« combé est dans une position analogue à celle du créan-
« cier qui aurait fait la remise de son droit ou de son
« intérêt. »

Le créancier ne pourrait donc demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la part du créancier qui a succombé dans son instance.

XIV. — Caution et débiteur principal

Le jugement rendu pour ou contre le débiteur principal est-il opposable à la caution ? Il est d'abord un premier point qu'on admet généralement, c'est que les jugements rendus au profit du débiteur principal profitent à la caution. Si le débiteur prouve que la dette sur l'existence de laquelle le procès s'est engagé, est éteinte, la caution pourra se prévaloir de la chose jugée. En effet, le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (art. 2012. C. civ.) : son existence dépend donc de l'existence de la dette principale ; en outre, si le jugement rendu au profit du débiteur principal ne devait pas profiter à la caution, il arriverait que ce débiteur serait privé du bénéfice du jugement qu'il aurait obtenu, car la caution poursuivie par le créancier et condamnée au paiement de la dette, conserverait son recours en vertu de l'art. 2028 du Code civil ; nous supposons bien entendu que le jugement rendu au profit du débiteur principal, n'a pas été rendu sur une exception personnelle au débiteur principal, car l'article 2012, 2°, permet de cautionner une obligation, encore qu'elle puisse être annulée par une exception personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. Mais réciproquement la caution est-elle liée par les jugements rendus contre le débiteur principal ?

Nous pensons, bien que ce ne soit pas l'opinion de tous les auteurs, que le jugement obtenu contre le débiteur est opposable à la caution. C'est la décision

que nous trouvons déjà énoncée dans Pothier (t. II, n° 908) : « La dépendance de l'obligation d'une caution
« de celle du débiteur principal à laquelle elle a accédé,
« fait aussi regarder la caution comme étant la même
« partie que le débiteur principal, à l'égard de tout ce
« qui est jugé pour ou contre le débiteur principal. »
(Voir aussi *D.*, L. 11, § 4, *de exceptione rei judicatæ*, XLIV, 2.)

Si cependant il y avait eu collusion frauduleuse entre les tiers et le débiteur principal, la caution pourrait former tierce-opposition. Nous admettons même, avec la Cour de cassation, que la caution pourrait toujours, même après le jugement condamnant le débiteur principal, invoquer des moyens personnels : ce qui arriverait si elle prétendait que le cautionnement n'est pas valable ; le différénd ne porte pas en effet, comme dans le premier cas, sur le fonds de la dette (27 novembre 1841).

De même, si le débiteur au lieu de défendre en justice, lorsqu'il a été actionné, avait fait un aveu ou une déclaration extra-judiciaire, nous pensons qu'on ne pourrait pas les opposer à la caution.

Le jugement rendu entre les tiers et la caution est-il opposable au débiteur principal ? Nous ne le pensons pas, la caution ne représente pas le débiteur : ce débiteur n'aurait donc pas besoin de former tierce opposition contre le jugement rendu au profit des tiers et contre la caution. De même si le jugement rendu en faveur de la caution avait décidé que la dette est éteinte, le débiteur ne pourrait pas s'en prévaloir : nous n'avons pas en effet les mêmes raisons de décider que tout à l'heure au

sujet des jugements rendus entre le débiteur et les tiers, et considérés par rapport à la caution.

Il y a cependant deux cas où nous admettons que la chose jugée avec la caution profitera au débiteur principal : c'est d'abord lorsque, sur le serment déféré à la caution, il y aura un jugement déclarant le créancier non recevable ; car en vertu de l'art. 1365, 5°, le serment déféré à la caution profite au débiteur principal. Le second cas est celui où le jugement est fondé sur le paiement de la dette par la caution : le paiement a éteint la dette, le débiteur est libéré vis-à-vis du créancier, mais il est soumis à l'action récursoire de la caution.

Si la dette était cautionnée par plusieurs cofidéjussors, le jugement rendu au profit de l'un d'entre eux ne profiterait pas aux autres, sauf le cas du serment décisoire, de même qu'ils ne pourrait pas leur être opposé, s'il avait été rendu contre lui.

CHAPITRE IV

DE L'EXCEPTION DE CHOSE JUGÉE ET DE LA TIERCE OPPOSITION

Il est de principe, nous l'avons dit, que la chose jugée ne peut nuire ni profiter aux tiers qui n'ont pas été parties au procès, et nous avons vu quelles personnes sont comprises sous cette dénomination de tiers : nous avons à nous demander maintenant comment ces mêmes tiers pourront faire valoir cette relativité, comment ils pourront écarter l'autorité du jugement.

L'article 474 du Code de procédure porte qu'une partie peut faire opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représentent ont été appelés. D'un autre côté l'article 1351 du Code civil dit que les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties plaidantes, leurs héritiers et ayants cause. Ya-t-il donc contradiction entre les deux articles, puisque la tierce opposition suppose qu'un jugement peut nuire aux tiers ? Il est certain que l'article 474 donne un moyen de faire respecter l'article 1351, et que la tierce opposition sert à établir que le jugement ne peut avoir aucun effet. Mais alors s'élève une grave question : un tiers étranger au procès, ne pourra-t-il jamais empêcher l'exécution du jugement qu'en l'attaquant par la voie de la tierce opposition, ou pourra-t-il se borner à opposer l'exception de chose jugée ? en d'autres termes, la tierce opposition est elle obligatoire ou facultative ?

Nous croyons qu'elle est facultative en principe, mais qu'en fait il se présentera des circonstances où il deviendra nécessaire de l'employer : cette opinion cependant n'est pas admise universellement, et la question a donné naissance à deux systèmes que nous devons examiner.

Il en est un d'abord qui soutient que la tierce opposition est nécessaire et obligatoire. (M. Naquet, *Caractères de la tierce opposition*.) Les partisans de ce système commencent par établir une comparaison entre l'opposition simple et la tierce opposition : ils font remarquer que l'opposition est vue avec plus de faveur par les législateurs que la tierce opposition, que par exemple il n'y a pas d'amende en cas d'insuccès, et ils en tirent la conclusion que les défaillants sont traités plus favorablement que les tiers ; alors, disent-ils, comment pourrait-on s'expliquer que le Code, en traitant les défaillants plus avantageusement que les tiers, accordât à ces derniers une faveur marquée, en leur permettant de se contenter d'opposer l'exception de chose jugée, tandis que les défaillants doivent suivre la procédure de l'opposition. La défaveur existe, en effet, mais ce ne sont pas les tiers qui sont vus défavorablement, c'est la tierce opposition elle-même, parce qu'on a pensé que les tiers qui l'emploient agissent le plus souvent par esprit de chicane, qu'ils attaquent témérairement la décision judiciaire, lorsqu'ils pourraient se contenter d'attendre qu'on les attaquât, qu'il est bien certain que si les défaillants frappent le jugement d'opposition, ce n'est pas par esprit de chicane, c'est parce que ils sont réellement

lésés. Du reste, si on veut établir une comparaison entre les défaillants et les tiers, on comprend qu'on laisse aux tiers la faculté d'attendre la revendication et qu'on exige des défaillants qu'ils aient recours à la procédure de l'opposition, car ils sont en faute, ils ont à se reprocher de n'avoir pas comparu. On ne peut donc pas tirer de cette comparaison un argument concluant en faveur de la tierce opposition obligatoire.

On nous oppose en second lieu les art. 475 et 476 du Code de procédure. L'art. 475 dit que la tierce opposition principale doit être portée au tribunal qui a rendu le jugement attaqué : et on nous dit : c'est ce tribunal qui doit examiner si la personne est restée étrangère au procès. Or en se contentant d'opposer l'art. 1351, ce ne sera presque jamais ce tribunal qui examinera la question, et alors on permettra aux tiers d'écluder une règle posée par le Code. La réponse nous paraît facile : si l'art. 475 exige que la tierce opposition principale soit portée au tribunal qui a rendu le jugement, c'est parce que ce tribunal connaît déjà l'affaire, et qu'alors il vaut mieux que ce soit lui qui la vide entièrement : mais il faut pour cela que la question ne soit pas connexe avec une autre engagée devant d'autres juges, car alors il suffit que le tribunal soit égal ou supérieur (476) ; or, quand on oppose l'art. 1351, on est bien dans le cas où cette exception n'est qu'incidente à une autre question portée devant un tribunal. C'est ici que se place l'objection basée sur l'article 476 refusant à un tribunal inférieur le droit de connaître de la tierce opposition.

Cette règle, dit-on, sera violée si on ne rend pas la tierce opposition obligatoire, puisqu'il suffira à la personne actionnée devant un tribunal inférieur de se retrancher derrière l'article 1351. Nous répondons qu'autre chose est de demander la réformation d'un jugement, car alors on comprend que le tribunal doive être au moins égal à celui qui l'a rendu, et autre chose est de soutenir simplement qu'il n'est pas applicable à telle personne. En déniaut au tribunal inférieur la compétence, il est hors de doute que la loi a voulu seulement ne pas altérer l'ordre des juridictions, mais elle n'a pas supposé, comme on l'a dit, que les juges inférieurs n'offriraient pas des garanties suffisantes pour bien apprécier. (M. Naquet, p. 15.) Cela n'est pas admissible, on ne peut pas supposer que des juges soient incapables de trancher convenablement une question; ce serait leur enlever toute autorité !

Enfin, on met en avant comme argument l'article 873 du Code de procédure : cet article décide qu'après un jugement de séparation de biens, les créanciers du mari ne pourront plus se pourvoir par tierce opposition après le délai d'une année. On voit dans cette disposition qui donne une certaine autorité au jugement en séparation de biens, le principe général d'une tierce opposition obligatoire. Nous croyons que cet article est, au contraire, la confirmation du système que nous soutenons. Il s'agit, en effet, d'un jugement qui doit être exécuté à peine de nullité, dans la quinzaine; dès lors, on comprend parfaitement que pour les créanciers, l'art. 1351 ne serait pas d'un grand secours, car ce jugement étant rendu

en fraude de leurs droits, les parties se contenteront de l'exécuter sans la leur opposer : la tierce opposition leur sera donc nécessaire pour empêcher cette exécution frauduleuse. Et si on ne leur permet de former tierce opposition que dans l'année, il est facile d'en saisir le motif; car il eût été dangereux de pouvoir contester, pendant trente ans, un jugement qui a été suivi d'une liquidation et d'un partage. Du reste, la demande en séparation a été rendue publique, et, par suite, les créanciers ont eu toute facilité d'intervenir pour empêcher que le jugement ne soit rendu en fraude de leurs droits, et ils sont en faute de n'avoir pas surveillé leurs intérêts.

On objecte enfin que si notre système peut se comprendre en cas de tierce opposition principale, il ne se comprend guère lorsqu'il s'agit d'écarter l'effet d'un jugement que l'on invoque dans une instance déjà ouverte; en d'autres termes, la tierce opposition incidente serait à peu près sans application, c'est-à-dire inutile.

Nous répondons que la tierce opposition incidente sera assez souvent très utile, non pas pour arrêter l'exécution d'un jugement passé en force de chose jugée; mais pour intervenir dans une instance qui, pouvant aboutir à un jugement inattaquable, lèserait les droits d'autrui. La Cour de Paris a fait une application de cette théorie par arrêt en date du 23 mars 1872 (Dalloz, 1872, 2, p. 177), et a en même temps établi implicitement le principe de la tierce opposition facultative. La Cour de cassation s'était aussi prononcée pour la tierce opposition facultative par arrêt du 22 août 1871 (Dalloz,

1871, 1, 136). Le dernier état de la jurisprudence paraît donc tout à fait fixé dans notre sens.

Nous ne voyons donc pas un argument qui puisse nous engager à accepter cette théorie ; bien plus, il nous semble qu'il viole les principes posés par le Code. Et d'abord, il laisse de côté l'art. 1351, car il suppose que le jugement peut avoir un effet, puisque le tiers est forcé de l'attaquer pour pouvoir l'écarter.

En second lieu, que devient avec ce système l'article 1315 du Code civil ? Cet article décide que celui qui invoque un fait et qui veut modifier la position acquise à son adversaire, doit fournir la preuve. Si le tiers doit former tierce opposition, il devra prouver qu'il a été étranger au procès, ce sera donc lui qui fournira la preuve, lorsqu'on voudra modifier sa position. Il est vrai qu'on répond que son adversaire a déjà fourni sa preuve en montrant qu'une sentence a été rendue à son profit, et qu'il a par là un titre en sa faveur. Mais c'est résoudre la question par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si ce titre peut être opposé aux tiers.

Ces raisons nous semblent assez concluantes pour que nous repoussions la théorie qui voudrait faire de la tierce-opposition une voie de recours nécessaire pour faire valoir la relativité des jugements.

Nous n'insisterons pas sur une opinion d'après laquelle la tierce opposition ne serait admissible que dans un seul cas, celui où une sentence serait rendue personnellement contre une personne qui n'aurait pas été appelée ; car cette hypothèse en fait ne se rencontre jamais, et on ne comprendrait pas que le législateur eût consacré

tout un titre du Code à une procédure ne devant pas avoir d'application.

Nous restons donc en présence des divers systèmes admettant en principe que la tierce opposition est facultative, mais différant entre eux sur le mode d'application du principe.

Les uns veulent y apporter une exception, pour le cas où la partie qui a obtenu le jugement a actionné la personne qu'elle devait en effet actionner. (Rodière, *Cours de compétence*.) Dans ce cas, la tierce opposition serait obligatoire.

Les autres veulent qu'elle soit obligatoire seulement pour les personnes tenant leurs droits de la partie condamnée par le jugement, par exemple, pour les créanciers chirographaires qui invoquent la fraude, et pour les acquéreurs qui veulent faire anéantir le jugement rendu contre le vendeur après leur acquisition. (Datloz.) Ces distinctions nous paraissent arbitraires, et nous ne voyons pas sur quoi on pourrait les fonder.

Nous devons donc dire comme Merlin, que la tierce opposition est toujours facultative en droit, car l'article 474 n'impose pas de prendre la voie de la tierce opposition; mais nous ajouterons qu'elle est quelquefois nécessaire en fait, lorsque l'exécution du jugement serait de nature à causer un préjudice au tiers. Pour ne citer qu'un exemple, si nous supposons qu'un jugement ait été rendu entre un revendeur et un dépositaire d'un objet mobilier, et que le déposant laisse exécuter le jugement, il peut arriver que l'objet soit détruit, et alors le véritable propriétaire ne pourra plus tenter

qu'une action en dommages-intérêts, tandis qu'avec la tierce opposition, il pourra s'opposer à la remise de l'objet et attendre la revendication.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le possesseur de bonne foi tenu de *rei vindictio* n'avait pas besoin, au temps des grands jurisconsultes de l'époque classique, d'avoir consommé les fruits qu'il avait perçus pour être dispensé de leur restitution.

II. — La loi Julia *de fundo dotali* et *de adulteriis* ne défendait pas au mari, comme le prétend Justinien, d'hypothéquer ses immeubles dotaux, même avec le consentement de la femme ; cette défense était une extension du sénatus-consulte Velléien.

III. — Même sous Justinien, l'usufruit s'éteint par le non-usage, sans qu'il soit nécessaire que le nu-propriétaire effectue en outre une *usucapio libertatis*.

IV. — L'*infantia* durait à Rome jusqu'à sept ans.

V. — Justinien n'a pas fait de la convention de donner à cause de mort un pacte légitime conférant un droit de créance au donateur.

VI. — La *filia familias* comme le *filius familias* est capable en général de s'obliger par contrat, du moins depuis l'abrogation de la tutelle perpétuelle des femmes *sui juris*.

DROIT FRANÇAIS

I. — Les envoyés en possession provisoire peuvent dans tous les cas, en matière immobilière comme en matière mobilière, plaider au nom de l'absent, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs.

II. — La théorie des contradicteurs légitimes est inadmissible en matière de questions d'état ; et par suite la chose jugée doit être restreinte aux parties qui ont figuré dans le paiement.

III. — Le jugement passé en force de chose jugée et qui a condamné le successible en qualité d'héritier pur et simple, ne peut pas être invoqué par le créancier héréditaire qui n'a pas été partie au procès.

IV. — Les jugements rendus pour ou contre le créancier solidaire ont l'autorité de la chose jugée pour ou contre ses cocréanciers.

V. — Si un jugement est intervenu entre un créancier et un débiteur solidaire, il a également l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de ses codébiteurs.

VI. — Les créanciers hypothécaires ne sont pas les ayants cause de leur débiteur, relativement aux jugements rendus avec lui postérieurement à leurs hypothèques et concernant la propriété de l'immeuble hypothéqué.

VII. — Un jugement intervenu entre un créancier et un des codébiteurs d'une chose invisible, ne peut être invoqué ni par ni contre les autres codébiteurs.

VIII. — Le jugement rendu contre l'héritier apparent a force de chose jugée contre l'héritier véritable.

IX. — La tierce-opposition ne fait pas double emploi avec l'art. 1351 : car si en principe, elle n'est que facultative, il est cependant des cas exceptionnels où elle e néc essaire.

DROIT CRIMINEL

I. — Quand un fait délictueux suppose la préexistence d'une convention, la preuve de cette convention ne peut être établie que conformément aux règles de droit.

II. — L'individu accusé d'un crime et qui a été acquitté par la cour d'assises, ne peut être poursuivi correctionnellement pour le même fait transformé en délit.

DROIT COMMERCIAL ET INDUSTRIEL

I. — Les compagnies d'assurances qui stipulent que la prime sera portable et qui en fait, la font réclamer au domicile de l'assuré, font par là une renonciation tacite au bénéfice de la clause qui était en leur faveur.

II. — Le propriétaire d'un navire ne peut pas stipuler l'irresponsabilité en raison des fautes commises par le capitaine.

DROIT DES GENS

I. — On ne peut considérer comme étant en flagrant délit de violation de blocus, pendant toute la durée de son

voyage de retour jusqu'au port de sa destination, le navire neutre sorti d'un port déclaré bloqué.

II. — Un assiégeant n'a pas droit de visite sur la correspondance entretenue par l'agent diplomatique d'un pays neutre avec son gouvernement.

HISTOIRE DU DROIT

I. — L'institution du colonat, ne reçut tout son développement qu'à l'époque où les empereurs prirent l'habitude de répartir, à titre de colons, entre les grands propriétaires, les Barbares faits prisonniers.

II. — L'adoption, avec le sens qu'y attachent les Romains, était inconnue chez les Francs.

Vu par le président de la thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le doyen,
Ch. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la Représentation en Justice

PRÉLIMINAIRE. — Historique	1
CHAPITRE I. — Des actions de la loi.	4
CHAPITRE II. — Procédure formulaire	11
CHAPITRE III. — Procédure extraordinaire.	43
CHAPITRE IV. — De la <i>procuratio in rem suam</i>	49

DROIT FRANÇAIS

De l'effet relatif de la chose jugée

PRÉLIMINAIRE	55
CHAPITRE I. — Des jugements pouvant produire la chose jugée	63
CHAPITRE II. — Autorité et Éléments constitutifs de la chose jugée	77
CHAPITRE III. — Effet relatif de la chose jugée.	86
CHAPITRE IV. — De l'exception de la chose jugée et de la tierce opposition	131
POSITIONS	139



LIBRAIRIE L. LAROSE & FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, 22

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
